

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**ANTECEDENTES PARA EL ESTUDIO HISTORICO
LEGISLATIVO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE
DEL PUEBLO MAPUCHE**

MEMORIA DE GRADO PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

YOCELYN PINILLA ALANIZ

PROFESOR GUÍA: ALDO TOPASIO FERRETI

2009

INDICE

INTRODUCCION.....	1-4
-------------------	-----

CAPITULO I: EL ORIGEN DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

1.- Nociones Generales sobre el derecho de Propiedad.....	5
2.- Evolución Histórica del Derecho de Propiedad	
a) Roma.....	6
b) Edad Media.....	7
c) Edad Contemporánea.....	7
d) La propiedad inmueble en Chile.....	7-11
3.-Concepto de Propiedad. <i>Propiedad en el Código Civil Chileno</i>	11
4.- Teorías legitimistas sobre el Derecho de Propiedad	
a) Teoría de la ocupación.....	11
b) Teoría del trabajo.....	12
c) Teoría del pensamiento católico.....	12
d) Teoría del contrato social.....	13
f) Teoría de la ley.....	13
g) Teoría de la función social de la propiedad.....	14
5.- Algunas Ideas filosóficas sobre el derecho de propiedad.	
a.-Federico Engels;.....	14
b.- Jean Pierre Proudhon.....	15-16

CAPITULO II: HISTORIA TERRITORIAL DEL PUEBLO MAPUCHE

6.- Antecedentes históricos sobre el Pueblo Mapuche.....	17-19
7.- El Conflicto Mapuche. Territorio y territorialidad mapuche.....	19-21
8.- El Título Indígena. Fuentes, fundamento, características. Título indígena en el derecho chileno Breve relación.....	22-24
9.-. Convenio 169 de la OIT. "Sobre Pueblos indígenas y tribales en	

Países independientes”	25-29
10.-Los Derechos Indígenas en el Derecho Comparado en materia de tierras. Análisis de Jurisprudencia.....	30
A). Caso Mabo v/s Queensland.....	30
B).- Caso comunidad Mayagna, Awas Tigni vs. Nicaragua.....	31

CAPITULO III: DE LAS POLITICAS INDIGENISTAS DEL ESTADO CHILENO EN MATERIA DE TIERRAS

11.- Expansionismo territorial chileno sobre las tierras mapuches (1813-1927)....	33-34
12.- Declaración de igualdad de los indígenas. Política de asimilación jurídica de los mapuches. (1819).....	34-35
13.- La Pacificación de la Araucanía.(1860-1880).....	35-37
14.- Radicación del Pueblo Mapuche (1883-1927).....	37-39
15.- División de las comunidades (1927-1970).....	39-41
16.- La Reforma Agraria (1970-1973).....	41-44
17.- Liquidación de la comunidad 1979-1990.....	44-45
18.- Cronología legislativa y política del estado chileno aplicadas al pueblo Mapuche desde 1819 al 2000.....	46-48

CAPITULO IV: HACIA UNA SOLUCION DEL CONFLICTO MAPUCHE

19.- Antecedentes y Análisis de la Ley Indígena.....	49-51
20.- Política de tierras del Estado chileno y el Fondo de Tierras y Aguas Indígena (FTAI).....	51-52
21.- Código de Conducta en zonas Indígenas.....	52-54

22.-Algunas consideraciones de la aplicación de la Ley antiterrorista a las reivindicaciones territoriales Mapuches.....	54-56
23.- Algunas recomendaciones al Estado Chileno en Materia de tierras.....	56-58
24.- Referencias a otros pueblos indígenas en Chile. Pueblo Aymará y pueblo Rapa Nui.....	59-60

V SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN

25.-Conclusión.....	61-62
26.-Citas Bibliográficas.....	63-69
27.-Bibliografía.....	70-76

VI ANEXOS

1. Cuadro sociodemográfico de la población Indígena en Chile.....	77
2. Superficie catastrada en el ADI del alto Bio-Bio según tipo de propiedad.....	78
3. Cuadro Gestión del Fondo de Tierras indígenas y Aguas.....	79
4. Cuadro explicativo del Código de conducta responsable.....	80

*“Quisiera dedicar a través de estas simples pero
significativas palabras esta memoria que mantuvo
mi espíritu en contacto con nuestros orígenes,
especialmente a mis padres, a ti Mamá por el
incondicional amor y apoyo en este largo y difícil
camino de noches de estudios, de penas y alegrías,
de éxitos y de fracasos, sin ti no hubiera sido
posible, a ti Papá por el orgullo que siempre has
expresado por ésta tu hija, a los dos infinitas
gracias...*

*A mis hermanos, y también a mí amado esposo, por
la paciencia en mis días de desconsolación, gracias
por la fé en mí...*

A todos nuestros antepasados....

Nuevamente a todos gracias...

*“El progreso no consiste en aniquilar hoy el ayer, sino, al revés,
en conservar aquella esencia del ayer
que tuvo la virtud de crear ese hoy mejor”*

José Ortega y Gasset.

INTRODUCCION

INTRODUCCION

La historia del Pueblo Mapuche por mucho tiempo ha sido olvidada, el resurgimiento de su causa vino a romper con la indiferencia con la que han sido tratados, las injusticias y el reclamo de una deuda histórica es lo que explica que en los albores del nuevo siglo se escuchen los reclamos en favor de una mayor dignidad para los indígenas de Chile.

No se trata sólo del desconocimiento de su cultura y de sus tradiciones ancestrales o la discriminación que ha padecido a lo largo de la historia. Los indígenas no han sido considerados como ciudadanos con derechos, sino como receptores pasivos de las decisiones de los poderes políticos y económicos. Ello ha traído como consecuencia un sentimiento de marginación y avasallamiento, que en algunos ha generado resignación e impotencia y en otros, rebeldía.

Abogar por una necesaria apertura de procesos de participación indígena en los ámbitos político y social, más allá de una integración de algunos de sus representantes en organismos de gobierno, por lo que se debe velar es por la concreción de un paso sustantivo en el reconocimiento etno-territorial de su cultura, del mismo modo que ya en el ámbito internacional se está otorgando en países como Canadá y Australia a sus minorías étnicas, o tal como lo indica Naciones Unidas en diversos acuerdos internacionales.

Desde tiempos inmemorables, nuestro territorio nacional ha estado habitado por diversas entidades humanas, en una tierra vasta, fértil y hermosa como América, el surgimiento de ellas nunca fue un obstáculo. Estas diversas y ricas culturas fueron evolucionando, unas transformándose en grandes imperios (incas, mayas, aztecas) mientras que otras con más recato se convirtieron en ricas culturas, ese fue el caso del pueblo Mapuche.

Con la llegada de los españoles a nuestro continente, estos trajeron consigo enormes alteraciones en el desarrollo y en el modo de vida ya adoptados por los pueblos indígenas chilenos y americanos en general. El europeo intentó imponer sus costumbres, sus normas, sus creencias y el control sobre las riquezas de estos pueblos, terminó afectando gravemente la identidad cultural de éstos. En menos de cincuenta años de contacto entre ambas culturas la población indígena en América había disminuido a lo menos en dos tercios.

La cuestión Mapuche, y sus demandas territoriales, en la actualidad se manifiesta como un desafío para los sucesivos gobiernos de nuestro país. La dinámica de violencia alcanzada entre el Estado y los Pueblos indígenas, y la gravedad e inequidad del tratamiento jurídico penal y civil en el caso Mapuche, ha conducido urgentemente a la búsqueda de soluciones jurídicas que permitan cautelar el respeto a los derechos y garantías fundamentales de estos pueblos.

Las demandas por el reconocimiento de derechos colectivos sobre las tierras por ellos ocupadas, datan desde las primeras ocupaciones estatales chilenas de los territorios

Mapuches ubicados al sur del Río Bio Bio, y con las posteriores políticas reduccionistas del Estado a través de la entrega de los llamados títulos de merced a las comunidades indígenas, las que trajeron consigo la reducción de sus tierras ancestrales al 5% de sus tierras originales entre los años 1883 y 1927, y que con el pasar de los años éstas se fueron reduciendo aun más como consecuencia de ventas a personas no indígenas contra el pago de precios irrisorios y de engañosas e injustas usurpaciones.

A partir de este momento y en adelante el problema Mapuche ha cobrado más interés y significado durante la última década producto del proceso de organización indígena, al alero de movimientos internacionales de defensa de los pueblos originarios.

Las peticiones de estas comunidades por sus tierras se ha venido escuchando en el escenario político de los diversos gobiernos chilenos, en sus avances se encontraron con reivindicaciones judiciales a través la utilización del mecanismo establecido en la Reforma agraria durante el periodo de Salvador Allende, posteriormente con la irrupción del gobierno militar los Mapuches vieron nuevamente truncados sus objetivos, sus tierras nuevamente les fueron arrebatadas.

Con la llegada de los gobiernos democráticos en la década de los noventa estas comunidades se encontraron frente a un nuevo escenario, la necesidad de encontrar un punto de equilibrio en la relación del Estado con los Pueblos Indígenas, fue lo que llevó a que en el año 1993 se dictara la Ley N° 19.253, (Ley de Desarrollo Indígena), en ella se establecieron una serie de mecanismo para la protección de las tierras indígenas, sin duda un positivo paso en el largo camino de reconciliación y solución al conflicto Mapuche.

FORMATO DE LA INVESTIGACION

Este trabajo se estructura en cuatro capítulos; en el primero se intentará abordar desde una perspectiva histórica el origen de la propiedad privada inmueble en Chile, para ello se comenzará con una pequeña parte introductoria de nociones generales sobre el derecho de propiedad en el seno de la humanidad y de las civilizaciones mas importantes del mundo, sus fundamentos filosóficos y se analizará también someramente algunas teorías de apropiación formulados por algunos autores como Locke, Rousseau, Hobbes Prodhoun, entre otros.

Para terminar con algunos antecedentes del fundamento y regulación jurídica de este derecho en Chile con el advenimiento de la Republica.

En el Segundo capitulo de este trabajo entraremos de lleno al tema objeto de esta tesis, estableceremos antecedentes históricos del pueblo Mapuche, identificando el conflicto mapuche, la territorialidad mapuche, el vinculo histórico de este pueblo con sus tierras, explicaremos el titulo indígena y el fundamento de este en sus reclamaciones territoriales, y su tratamiento en el ámbito internacional.

En tanto que en el capitulo tercero, se efectuará una síntesis de carácter legislativo de las normas dictadas desde la Independencia de nuestro país, pasando por las normas

dictadas bajo el gobierno militar, hasta la promulgación de la ley Indígena N° 19.253 en el año 1993, y se revisará someramente el Fondo de Tierras Indígenas.

La perspectiva crítica estará presente en el análisis de cada uno de los capítulos, dicha labor es indispensable para poder establecer las causas de la ineffectividad de tales normativas y ante todo el porque las políticas públicas no han resultado suficientes para proteger a los Pueblos originarios de nuestro país y dar una solución definitiva al conflicto Mapuche.

En el capítulo cuarto finalizaremos esbozando algunas soluciones, reproduciremos la opinión de algunos autores analizando sus respuestas y su posible aplicación para el arreglo de este conflicto.

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

El trabajo precedentemente descrito se efectuará de acuerdo al método histórico tradicional, describiremos textos jurídicos, doctrinas, y otras fuentes, realizaremos análisis comparativos entre las diversas opiniones de los autores que se citaran a lo largo de la memoria, contextualizaremos el tema a tratar dentro del marco normativo relativo a la materia, recopilaremos información, a través de libros, de ensayos, de informes, junto con textos de carácter jurídicos.

Para llevar a cabo esta investigación se procedió a efectuar las siguientes actividades; Se recopilaron artículos especializados en Derecho Indígena, obtenidos de Instituciones tales como; el Centro de documentación Indígena CED, archivos del Observatorio de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera, todos los cuales, a través de una plataforma electrónica que mantienen dichas instituciones a libre disposición del público,

OBJETIVOS GENERALES

- a) Conocer los Antecedentes Históricos del Conflicto Mapuche en materia de Tierras a lo largo de la historia de nuestro país.
- b) Comprender la normativa aplicable a los pueblos indígenas, en la especie al Pueblo Mapuche tanto en el ámbito interno como comparado.
- c) Valorar la importancia de una regulación jurídica adecuada en materias de propiedad inmueble del pueblo mapuche.
- d) Promover en los estudiantes de Derecho y profesionales abogados un mayor interés en el estudio de la propiedad indígena en Chile.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Comprender el tratamiento que el estado Chileno ha dado históricamente al Pueblo Mapuche en materia de tierras Indígenas.
- b) Analizar críticamente la legislación dictada por el Estado Chileno en materia de tierras indígenas. En la especie del Pueblo Mapuche.
- c) Analizar y juzgar objetivamente las demandas Indígenas en torno a la recuperación de sus tierras ancestrales-
- d) Conocer los contenidos generales de la Ley Indígena actual.
- e) Comprender y analizar el tratamiento de los indígenas en el derecho internacional.
- f) Conocer los sistemas de protección internacional de los derechos de los indígenas.

CAPITULO I

EL ORIGEN HISTORICO DE LA PROPIEDAD

*“ Las cosas de la naturaleza
eran gozadas originalmente en común; pero la avaricia,
deseando separar una parte
y convertida en suya, todo lo hizo ajeno y se redujo de lo inmenso
a la estrechez.*

*La avaricia introdujo la pobreza
y al desear mucho lo perdió todo”*

Séneca

1. NOCIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD INMUEBLE EN LA HISTORIA UNIVERSAL

Es probable que en el desarrollo de este tema nunca lleguemos a establecer de manera absoluta el verdadero origen de la propiedad en el seno de la humanidad, sin embargo, y a través de los diversos legados históricos dejados por nuestros antepasados, y de posteriores estudios por parte de nuestros mejores filósofos, historiadores, y grandes pensadores es que podemos formarnos una idea más clara y precisa en torno al origen de la propiedad privada y de los fundamentos que la sustentaron como un derecho del hombre, y como este fundamento fue trascendental para instaurar años después esta idea en nuestro país.

Parece razonable imaginar que ya el cazador prehistórico fuera tan dueño de sus instrumentos de caza como los somos nosotros de los objetos domésticos indispensables para nuestra vida cotidiana. Los refugios a los que cada invierno regresaban las familias constituyeron la primera forma jurídica de apropiación del suelo. Los estudios antropológicos indican que entre los pobladores primitivos coexistían regímenes de propiedades muy diversas, dependiendo de múltiples factores tales como el medio geológico y geográfico, las condiciones del clima, el tipo de cultivos o de ganadería practicada y sobre todo la relación entre la presión demográfica y la importancia de las reservas de tierra disponibles.¹

El profesor Henri Lepage en su libro *¿Porque la propiedad?* expone que lo anterior nos permite deducir que si pensamos en la propiedad como la capacidad mental del individuo para distinguir entre lo suyo y lo mío, y reclamar lo suyo, la propiedad surge —dice Lepage citando a Jean Canonne—, desde el momento en que “la culminación de la estructura de su cerebro permitió al hombre superar el mero instante para imaginar el futuro y ponerlo en relación con las vivencias de su pasado”.²

Que un hombre sea "propietario" de aquello que necesita para vivir —es decir, que exhiba con aquellas cosas una relación, si no esencial, al menos relativamente duradera, parece no haber constituido nunca una dificultad para nadie “¿Quién podría objetar, en efecto, que un hombre use y consuma el alimento que ingiere o el aire que respira, y que a través de este uso convierta el alimento y el aire utilizados en inservibles para satisfacer las necesidades de los demás?”³

En efecto este mismo razonamiento podemos extenderlo para cubrir también los medios de satisfacer otras necesidades básicas: propiedad de la guarida en que me cobijo, de los vestidos con que me cubro, de los utensilios que empleo, etc. lo anterior fue lo que hizo decir a Aristóteles que la propiedad —o, más exactamente, la apropiación (*ktêsis*)— fue dada por la naturaleza a todos los animales para que pudieran subsistir.⁴

En la antigua Mesopotámia los habitantes ya poseían el dominio sobre sus casas y sobre sus jardines, en Grecia existían muchos agricultores libres dueños de sus tierras, en Roma existía la propiedad personal, atributo del jefe de la familia, paralela a la propiedad colectiva, del grupo más amplio, la gens. En Egipto en cambio la propiedad

de herramientas, casas, y demás instrumentos pertenecían al faraón, la propiedad en Egipto era un monopolio estatal similar a los regímenes que conocieron en otras épocas ciertas civilizaciones como el imperio de los Incas o la India antigua.⁵

La evolución de la propiedad nunca ha sido uniforme en cada época, en cada país, en cada continente, esta va adoptando matices, y concepciones diferentes que acuñan su concepto y fundamentan de un modo único y heterogéneo el contenido del concepto de propiedad.

2. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

A. ROMA

Para el correcto análisis de la concepción que se tenía en la antigua Roma es necesario distinguir estas ideas en las diversas etapas de evolución de esta civilización, de esta forma diremos;

PERIODO ARCAICO

En esta etapa quien tenía la titularidad sobre un primitivo derecho sobre el suelo era la Gens o familia, la cual tenía al frente al PATER FAMILIAS, este tenía la potestad, la plenitud de sus derechos civiles (SUI IURIS). Por lo tanto, hubo una propiedad colectiva, pero privada y no pública. Desde los inicio de la República, Roma amplía sus dominios a través de las conquistas, esto es lo que va a permitir confiscar las tierras y entregárselas a los particulares, contra el pago de una tasa anual. Esta situación de hecho, se denomina **POSSESSIO**, con el tiempo esta *possessio* va otorgando un verdadero derecho a quien consigue la ocupación.

PERIODO CLÁSICO

En este periodo se habla de plena propiedad romana o “Propiedad Quiritaria”, solo los ciudadanos romanos podían ejercer este tipo de propiedad, su transmisión debía hacerse a través de las solemnidades del derecho civil. La propiedad quiritaria reconocía las siguientes características, era absoluta (uso, goce y disfrute eran plenos mientras no se opusieran con los derechos de los terceros o de aquellas limitaciones establecidas por la ley); exclusiva (la propiedad no podía ser intervenida por ninguna otra persona que no fuese el titular del derecho de dominio), elástica; y absorbente (abarcaba hasta el cielo y el subsuelo)⁶

BAJO IMPERIO

En esta época la única propiedad existente es la reconocida por el derecho civil romano; se señala que la posesión por excelencia es el POSSESSIO CIVILIS o posesión del propietario o del que cree serlo, en virtud, de un justo título de adquisición, para lo cual debía demostrar buena fe, justo título y duración. En esta época la posesión adquiere su mayor evolución.

B. EDAD MEDIA

Con la caída del Imperio Romano, la autoridad de los grandes propietarios se convierte en más de hecho que de derecho.

Aparecen los señoríos marcando el nacimiento de los llamados “Jefes Rurales” que gozan de casi total autonomía, llevándolos a confundir soberanía y propiedad. Este régimen concreto de propiedad subsistiría hasta el año 1789, en que la Revolución Francesa pondría fin radicalmente al feudalismo, como afirma TOCQUEVILLE *“Terminando de abatir el feudalismo fue que se hizo notar la revolución”*⁷

C. EDAD CONTEMPORÁNEA

Es durante el siglo XIX, que surge la tesis de la propiedad como función social, esta sería la tesis que rompería con el carácter “sagrado e imprescriptible” que pretendió darle el Liberalismo a la propiedad. Al efecto Von Ihering señaló que *“La propiedad no podía ser un castillo inaccesible, la propiedad debía servir, como un elemento para el desarrollo integral de la sociedad”*

Un segundo hito importante en la contemporaneidad a propósito de la propiedad, fue la Constitución de WEIMAR de 1919, ella vino a reflejar la intervención estatal en la economía, prueba de esta intervención la encontramos en el artículo 153 de la Constitución de Weimar, al establecer que *“La Propiedad será amparada por la Constitución. Su contenido y límites son fijadas por las Leyes. La propiedad obliga y su uso debe estar a la vez al servicio del bien común...”*. A partir de este momento el derecho sirve como freno a las facultades del propietario.

D. LA PROPIEDAD INMUEBLE EN CHILE

EPOCA PREHISPANICA

Previo a analizar la propiedad prehispánica en Chile es necesario saber como era la propiedad en uno de los Pueblos Indígenas más importantes en América y vecinos de nuestro país, a saber, el Imperio Inca, ya que previo a la llegada de los españoles la gran influencia que este imperio ejerció en nuestros antepasados Mapuches no es irrelevante. Atilo Sivirich⁸ afirma que siendo los incas tradicionalmente colectivistas, no tuvieron el menor concepto de la propiedad privada en lo referido a bienes inmuebles. Por ello, según este autor, los incas sólo tuvieron un Derecho Público; no tuvieron conocimiento del Derecho Privado. Al desconocer la propiedad privada, afirma que no existían las instituciones del derecho privado relativas a personas, obligaciones, contratos, etcétera. Sin embargo en opinión de otros autores según señala el profesor José Aylwin es probable que en la parte del territorio Mapuche sometido a los incas (territorio norte de los Mapuches-picunches), *estos hayan adoptado los patrones incaicos de división de las tierras, incluyendo la destinación de una parte de ella para la comunidad o ayllu, otra parte para el estado o la burocracia y otra para mantener el culto del sol.*

En cuanto a los Mapuches la propiedad era colectiva, y como tal, ejercían derechos sobre las tierras, poseídas por un determinado grupo formado por familias, constituida por los descendientes hombres del padre de familia con su mujer (*lof*), estas gozaban de un dominio y de identidad colectiva sobre sus tierras, lo que les permitió gozarlas colectivamente, en ellas cazaban, en ella recolectaban frutos y pescaban. Estas ideas y usos fue lo que hizo que estas comunidades mapuches en la época prehispánica se considerasen a si mismos como únicos ocupantes de las tierras, basadas en su derecho propio sobre los territorios que ocupaban desde tiempos inmemorables. La relación de los Mapuches con la tierra no era una relación basada en la propiedad, sino más bien, como señala Aylwin de *un usufructo comunitario de los recursos en ella existentes*.

ÉPOCA DE LA CONQUISTA Y EL COLONIAJE

La Propiedad Inmueble en Chile y en América durante la conquista y coloniaje se caracterizó en sus inicios por ser una propiedad basada en el sistema feudal a través de la entrega por parte de la corona de regalías a los conquistadores por una o mas generaciones, manteniendo para si la propiedad de las tierras y la facultad para terminar de forma unilateral con la concesión. En cuanto la propiedad comunal, existía un sistema que permitía usar y gozar aquellas tierras que estaban al servicio de toda la comunidad.

Otro punto interesante de destacar en el periodo de la conquista y colonia es que si bien el rey de la corona española era dueño absoluto de todas las tierras de América, éste podía entregar concesiones a privados para que estos explotaran estas tierras, hay algunos autores que sostienen que la corona habría reconocido implícitamente la propiedad de estas tierras por parte de los Indígenas, al sostener y disponer que las mercedes de tierras se entregaban con la frase "*sin perjuicio de terceros*", esto para algunos significó que la corona reconoció el derecho de estos pueblos sobre sus tierras⁹.

La dominación española causó diferentes efectos tratándose de los pueblos indígenas que habitaban Chile, tratándose de aquellos asentados en el norte del país, como los Aymaras, Atacameños y Mapuches-Picunches entre otros, que a la llegada de los conquistadores se encontraban sometidos a los Incas, terminaron aceptando, para sí la aplicación de instituciones españolas en sus territorios, como sucedería también con los demás pueblos americanos, todos ellos serian objeto de encomienda, y de una relocalización desde sus tierras hacia lo que denominaron los pueblos indios¹⁰.

ÉPOCA DE CHILE REPUBLICANO

La declaración de los derechos del Hombre el año 1789, fue determinante para la dictación de las Constituciones liberales que aparecieron en el siglo XIX, las constituciones de nuestro país no estuvieron exentas de esta enorme influencia, esto junto con las políticas liberales hizo que se construyeran a través de las corrientes racionalistas derechos basados en función del individuo, quien tenia facultades jurídicas, bajo la forma de los llamados derechos subjetivos¹¹.

En nuestras primeras constituciones o de aquellos proyectos que intentaron ser tales, no se hizo alusión al derecho sobre la propiedad inmueble, ello se explica por el sentimiento patriota que embargaba a nuestro primeros líderes, el establecimiento del concepto de soberanía, el reconocimiento de la libertad, y la declaración de que el país no se sometería a ninguna legislación extranjera, y el establecimiento de normas que regularan la administración de los poderes ejecutivos y legislativos, constituían los más importantes puntos a tratar en un texto constitucional en los inicios de nuestro Chile Republicano.¹²

La Constitución 1812;

La Constitución de José Miguel Carrera (1812), vino a recoger de manera tímida pero incipiente el derecho de propiedad al establecer *“Se respetará el derecho que los ciudadanos tienen respecto de sus personas, casas, efectos y papeles; y no se darán órdenes sin causa probables, sostenidas por un juramento judicial, y sin designar con anterioridad los lugares o cosas que se han de examinar o aprehender”*¹³, esta norma recoge un concepto Liberal sobre la propiedad, es decir, un derecho no sujeto a limitación alguna sobre la propiedad inmueble.

Los textos Constitucionales posteriores desde el año 1814, y el tratamiento sobre la propiedad inmueble se mantuvo con las mismas características previstas por el texto de Carrera. Sin embargo, en el año 1818 en la Constitución Provisoria de ese año, se vino a recoger con la misma fórmula el derecho de propiedad en términos absolutos, pero por primera vez vino a limitarla a través de la expropiación o enajenación forzada de un bien raíz, a favor del Estado cuando así lo exigiera la **defensa de la patria**.

Los textos Constitucionales que vinieron después 1822, 1823, 1827, mantuvieron el concepto liberal sobre la propiedad influenciado por la Revolución Francesa, considerándola como un derecho subjetivo centrada en el resguardo de la integridad y libertad patrimonial del hombre.¹⁴

La Constitución de 1833;

La Constitución de 1833, fue el texto constitucional que mantuvo una más larga vigencia, en ella se refuerza el concepto que hasta entonces se había tenido sobre la propiedad, así en su artículo 12 N° 5 establece; *“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: N°5 La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho a que ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo en caso en que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con el, o se avaluare a juicio de hombres buenos”*¹⁵

La Constitución de 1833 viene a ser una remisión normativa a la legislación civil que se encontraba vigente en la época, que era heredera de la tradición castellano – india.¹⁶

Código Civil Chileno;

El año 1857, entra en vigencia nuestro Código Civil, no hay novedad en este nuevo cuerpo legal en cuanto a la consideración absoluta que se había tenido años anteriores respecto de la propiedad, por lo demás las ideas políticas imperantes en esos años se condecían con la inclinación de carácter liberal que había sustentado este concepto de propiedad, y que además se basaba en una democracia censitaria. En consecuencia no era necesario venir a establecer en este Código un instrumento de protección a la propiedad inmueble, ya que la preocupación del legislador estaba orientada a evitar actos estatales que afectaran a los propietarios¹⁷. Entre la Constitución vigente y el entonces nuevo cuerpo normativo obra de don Andrés Bello, se mantuvo una perfecta armonía.

Constitución Política de 1925;

Este texto Constitucional vino a marcar una clara diferencia de lo que hasta entonces había imperado en nuestro país en torno a la concepción sobre la propiedad inmueble, de una propiedad con la Constitución de 1925 la propiedad pasa a ser limitada. Así en su artículo N°10 establece; La Constitución garantiza a todos los habitantes de la Republica *“La inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna. Nadie puede ser privado de la de su dominio o de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de una sentencia judicial de expropiación por razón de utilidad publica, calificada por una ley. En este caso se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él que se determine el juicio correspondiente”*¹⁸.

En esta época la propiedad se encuentra sujeta a limitaciones, se deja atrás la concepción decimonónica que hasta entonces se había tenido sobre este derecho, la influencia de un constitucionalismo social viene a establecer cláusulas económicas sociales que ya habían nacido en los textos fundamentales de México en 1917 y Alemania 1919.

La limitación que la Constitución reconocía como límite al ejercicio del derecho de propiedad venía marcado por razones de orden social y de los intereses generales, esta Constitución al establecer éstas limitaciones otorgó al legislador la facultad de modificar el régimen jurídico general previsto en el Código Civil con el fin de conducir el derecho de propiedad hacia esos intereses generales¹⁹.

Reforma a la Constitución de 1925;

El año 1967 mediante la ley N°16.615, la garantía del derecho de propiedad se reformó considerablemente pues se vino a establecer la inviolabilidad de la propiedad en sus diversas especies, y se incorporó el concepto de función social como límite a ésta.

Según el autor Evans de la Cuadra la evolución del derecho de propiedad en Chile distingue tres etapas

Primera Etapa: “*Propiedad Liberal-Burguesa*”

Periodo: Desde la Constitución de 1833, Sanción del Código Civil el año 1857, hasta Constitución de 1925.

Segunda Etapa: “*Función social de la Propiedad*”

Periodo: Desde Constitución de 1925 hasta la modificación de 1967.

Tercera Etapa: “*Concepción Subjetivista de la Propiedad*”

Periodo: Marco Jurídico Vigente, Constitución Política de 1980²⁰.

3. CONCEPTO DE PROPIEDAD

Nacido en Bizancio, uno de los primeros conceptos acuñados sobre la propiedad, fue el ***dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur***. Esta definición fue la que se integró al código francés de 1804 que en su artículo 544 señala que “*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto con tal que no haga de ellos un uso prohibido por la ley o los reglamentos*. Como sabemos los codificación latinoamericana en especial la chilena se inspiró en el Código Francés, es que en el artículo 582 del libro II del Código Civil Chileno define el dominio o propiedad de la siguiente forma “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contraria a derecho ajeno...*”²¹

Se ha dicho que esta definición es individualista. Nuestro Código Civil se dicta dentro del marco de la constitución del año 1833, ésta consagra una propiedad individualista, además la sociedad chilena, la filosofía, la economía, compartían este mismo carácter, Bello no podía apartarse de la realidad contingente.

4. TEORÍAS LEGITIMISTAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Estas teorías tienen por objeto explicar el fundamento del derecho de propiedad, a través de ellas se busca reconocer y aceptar la existencia del derecho de propiedad privada estable.

A. TEORIA DE LA OCUPACIÓN

Según esta teoría hubo un estado social de aislamiento, en que los bienes se consideraban comunes, cada hombre podía ocupar lo necesario para satisfacer sus necesidades básicas. La referida ocupación, con el advenimiento del estado social que

viene a reemplazar al estado de naturaleza, sirvió de título justificado del derecho de propiedad.

Se ha dicho que esta teoría si bien indica el origen histórico de la propiedad no le otorga un fundamento racional. Sus defensores más caracterizados con Grocio y Pufendorff.

B. TEORIA DEL TRABAJO

Esta teoría viene a complementar la anterior que como dijimos por si sola no justifica la propiedad. Según la teoría del trabajo cuando el hombre transforma la naturaleza aumentando su utilidad, el producto de ese trabajo pertenece a quien lo ha realizado.

JOHN LOCKE:

“Para Locke, el fundamento de la apropiación de bienes es el trabajo; éste constituye su legitimación según la ley natural”²². La apropiación se funda en el trabajo, y éste en la exigencia de satisfacer las necesidades humanas. El efecto inmediato de la apropiación es que el individuo adquiere sobre el objeto apropiado el derecho de usarlo en su propio beneficio, y con ello deja de existir el derecho de cualquier otro hombre de usar el mismo objeto.

John Locke precisa que en el estado de libertad natural no reina la anarquía sino un respeto, producto de una especie de código natural, una moral insita en la razón del ser humano que establece que, “aun siendo todos iguales e independientes, ninguno debe atentar a la libertad y a las posesiones de los otros”. De esta forma, sin más dilación, Locke vio el origen del Estado en la necesidad de legitimar, mediante leyes positivas, la propiedad individual.²³.

C. TEORIA DEL PENSAMIENTO CATOLICO.

Según esta teoría este derecho se funda en el derecho natural, es un derecho que pertenece al hombre con anterioridad a la ley positiva, por lo tanto el Estado solo debe reconocer, garantizar y proteger la propiedad tomando en cuenta su función social.

Esta doctrina pretende ubicarse en una situación intermedia entre las teorías individualistas y las sociedades o colectivas, pues comprende de elementos uno individual y otro social.

Algunos argumentos de esta escuela son los siguientes;

1. La propiedad privada es una institución universal y permanente que progresa paralelamente con la cultura de los hombres.
2. La naturaleza ha asignado a los bienes materiales el fin de satisfacer las necesidades humanas.

3. Los bienes materiales han sido dados por la naturaleza al hombre para que usándolos de manera conforme a su dignidad y a sus aspiraciones naturales, provea no solo a su propia conversación y perfeccionamiento, sino al bien de su familia.
4. El hombre tiene derecho natural al fruto de su trabajo, el cual solo puede existir mediante la propiedad privada.

D. TEORIA DEL CONTRATO SOCIAL

La obligación de los demás de respetar el derecho de propiedad que ha sido adquirido por ocupación, o que ha sido adquirido por el trabajo, según lo establecido por las anteriores teorías, no sirven de fundamento para que esta propiedad sea respetada por los demás. Esta obligación solo se genera de *un consentimiento mutuo o convención*.

En efecto, Rousseau, al explicar el paso del estado de naturaleza al estado social fundamenta su posición diciendo: “*el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuando desee y pueda alcanzar ganando en cambio, la libertad civil y la propiedad de lo que posee*”. Y agrega, que “*lo mas extraño en esta alienación es que, lejos de despojar la comunidad a los particulares de sus bienes, al aceptarlos, no hace ella otra cosa que asegurar su legitima posesión, cambiando la usurpación en absoluto derecho y el goce en propiedad*”.²⁴

Kant resume las ideas de Rousseau distinguiendo tres momentos

- a) **Fase Preparatoria;** Durante el cual el hombre ocupan las cosas
- b) **Fase de Propiedad Provisional;** Durante el cual el hombre transformo las cosas con su trabajo, creando sobre ellas una suerte de propiedad provisional, pero que no era verdadera propiedad, por no crear en los demás la obligación de respetarla.
- c) **Fase del pacto social;** Los hombres convinieron tácitamente en respetarse sus derechos sobre las cosas, apareciendo así la *propiedad definitiva y completa*.

F. TEORIA DE LA LEY

De acuerdo con esta teoría, la propiedad es creación de la ley. Sólo la ley puede constituir o fundamentar la propiedad, imponiendo la renuncia de todos para otorgar un título de goce sólo a uno.

Según ella se afirma que una vez constituida la sociedad y el poder civil, éste decretó, en interés de todos, la capacidad de cada uno para lograr la posesión exclusiva de los bienes y fijó las condiciones de esta apropiación, comenzando a existir desde entonces el derecho de propiedad privada.

Esta tesis tiene mucha semejanza con la anterior contractualista, pues la ley es más que la expresión del consentimiento común de los asociados. Destacan entre sus defensores Montesquieu J.Bentham, Bossuet; revolucionarios de la talla de Mirabeau, Robespierre y otros.

G. TEORÍA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Según esta teoría el dominio viene a justificarse no por los beneficios que obtiene el dueño sino por aquellos beneficios que ésta otorga a la sociedad.

La función social de la propiedad es el cumplimiento de objetivos encaminados a obtener un mayor incremento de la producción, en beneficio de la sociedad toda. Es por lo tanto un interés social el que fundamenta el derecho de propiedad pero un interés social basado en la necesidad, siempre apremiante y universal, de aumento de la producción para conseguir principalmente una mayor perfección en la satisfacción de las necesidades inherentes a la familia.

5. ALGUNAS IDEAS FILOSÓFICAS SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD.

A. FIEDRICH ENGELS:

Engels señala en su obra *“Origen de la Familia la Propiedad Privada y del Estado”* que la propiedad privada tiene su origen, dentro de lo que el investigador Lewis Morgan estableció, al introducir un orden preciso en la prehistoria de la humanidad, como la tercera época por la que ésta ha pasado, nos referimos pues al período de la civilización; en efecto, *mientras que en América se desarrollaba la familia sindiásmica; forma de familia que aparece en el límite entre los períodos del salvajismo y la barbarie – períodos que son los inmediatamente anteriores al de la civilización- en Europa la domesticación de animales y la cría de ganado habían abierto manantiales de riqueza desconocidos hasta entonces, creando relaciones sociales enteramente nuevas. Es así como junto a la riqueza en mercancías y en esclavos, junto a la fortuna en dinero apareció también la **riqueza territorial***²⁵.

En otra de sus obras Federico Engels sostiene que la propiedad ha presentado diversas formas, a saber:

La primera forma corresponde a la propiedad de la tribu, la cual correspondería a la fase incipiente de la producción en que un pueblo vive de la caza, la pesca, de la ganadería o, a lo sumo de la agricultura.

La segunda forma está representada por la antigua propiedad comunal y estatal, que nace como consecuencia la unión de diversas tribus con el objeto de formar una sociedad, mediante acuerdo voluntario o por conquista. Los ciudadanos del Estado sólo en cuanto comunidad pueden ejercer su poder sobre los esclavos que trabajan para ellos, lo que ya de por sí los vincula a la forma de la propiedad comunal.²⁶

La tercera que ha presentado la propiedad esta constituida por la propiedad feudal o por estamentos. En esta época, la forma fundamental de la propiedad era la propiedad territorial en que el trabajo de los siervos en ella, por una parte y, por otra, el trabajo propio con un pequeño capital que dominaba sobre el trabajo de los oficiales de los gremios.²⁷

B. JEAN PIERRE PROUDHON

Proudhon en 1840 publica un ataque contra la propiedad privada titulada "Qu' est-ce que est la propriété?", Para este autor Francés el derecho de propiedad viene a convertirse en el inicio del mal sobre la tierra, el primer paso del largo camino de crímenes y de miserias de la humanidad. El análisis de la propiedad de este autor viene a constituirse en el estudio de la comunidad, para éste fuera de la propiedad o la comunidad nadie ha concebido sociedad posible. Los miembros de una comunidad no son dueños de nada propio; pero la comunidad es propietaria de los bienes y también de las personas y de las voluntades.

En la obra Qu' est-ce que est la propriété?, Proudhon establece no solo un análisis crítico y permonerizado de los fundamentos filosóficos y jurídicos de la propiedad sino que además viene a proponer una alternativa a la economía clásica, basándose en la idea del uso y la posesión.

Lo importante de su aporte en el estudio de la propiedad se debe a la concreción lograda en la creación de expectativa ideológica que vino²⁸ a expresar claramente la idea de un pensamiento sobre la propiedad que ya se respiraba en el ámbito intelectual francés. Su obra es ciertamente un ataque a la esencia de la juricidad que en ese entonces reinaba en el Código Civil Francés de Napoleón, en efecto, el artículo 544 de dicho código define la propiedad, de acuerdo con el viejo Derecho Romano, como *ius utendi et abutendi*. Proudhon examina el fundamento filosófico de este concepto y critica duramente aquellas teorías que justifican la propiedad: la teoría de la ocupación, la del trabajo y la del consenso.

La primera de ellas, es decir, la teoría de la ocupación tiene su origen en el Derecho Romano, desarrollada por el *ius* naturalismo antiguo y medieval, ella supone una sociedad agraria y una concepción dualista del mundo y de la vida (Dios-Mundo; alma-cuerpo; mío-tuyo, etc.). La segunda tiene algunos antecedentes en el pensamiento cristiano, aparece recientemente elaborada filosóficamente por Locke. La tercera, que implica una asimilación de las dos anteriores y sostiene que una cosa es mía cuando obtengo el reconocimiento social de mi ocupación o del trabajo que he invertido en producirla.

Ahora bien, según Proudhon, la teoría de la ocupación no explica el camino del hecho al derecho; constituye una mera tautología jurídica, según la cual la propiedad es el derecho de propiedad; la teoría del trabajo no llega a explicar por qué el trabajador no es de hecho propietario y por qué lo son, en cambio, los que nunca han trabajado; *la teoría del consenso, en fin, que es la suma de los dos errores anteriores implica una esencial contradicción en cuanto apelar al consenso universal equivale a apelar a la igualdad, mientras admitir y justificar la propiedad quiere decir admitir la desigualdad*²⁹.

La *propiedad*, como institución básica de la economía, le corresponde el *gobierno*, como es el gobierno quien se fundamenta en la propiedad.

Proudhon sostiene que la naturaleza de una estructura política es una estructura económica. El hecho que nuestra sociedad capitalista y burguesa se erija sobre la piedra

fundamental del derecho de propiedad como dominio irrestricto sobre la tierra y los medios de producción por parte de individuos, explica por qué no puede imperar en ella otra forma de organización societaria que no sea la gubernamental: al dualismo propietario-proletario le corresponde el dualismo gobernante-gobernado. He aquí la tesis central de *¿Qué es la propiedad?*: Admitir la propiedad es admitir el Estado; admitir el derecho absoluto sobre las cosas equivale a admitir el dominio absoluto sobre las personas.

Proudhon propone que el Estado debe ser sustituido por la comunidad de los productores y por la federación de los grupos locales de trabajadores; la propiedad debe ser sustituida por la posesión.

No se trata de “estatizar” la tierra y los instrumentos de trabajo ni de sustituir la propiedad “privada” por la propiedad “social” o “estatal”. Más bien se trata de abolir o de olvidar la noción misma de propiedad, como derecho absoluto³⁰.

CAPITULO II

HISTORIA TERRITORIAL DEL PUEBLO MAPUCHE

“Cuando ha desaparecido alguna costumbre

Queda como un vacío.

Es como si el fuego hubiera hecho su obra

Destructora.

Antes en mi tierra los mayores se juntaban a

Conversar y parlamentar

Ahora ya no hay nada de eso.

Es triste así la vida en mi tierra

Y no veo nada que me llame la atención.

Sólo dos zorzales que lloran amargamente:

Porque sienten pena”.

Julían Hueitra

6. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL PUEBLO MAPUCHE

De todos los pueblos que han debido persistentemente reinventarse a lo largo de la historia en Chile, quizás el pueblo Mapuche ha sido quien ha debido hacerlo de una manera más permanente y necesaria a la vez, la contingencia de sus demandas territoriales ha sido la causa que los ha llevado a una organización formalizada y en constante renovación para mantener el precario pero significativo reconocimiento de su etnia y de sus derechos.

El pueblo Mapuche a la llegada de los españoles ocupaba un extenso territorio denominado Wall Mapu o país Mapuche, éste se asentaba en los valles que corresponden a la actual zona central de nuestro país, en estos territorios se encontraban algunos grupos de esta etnia sometidos en aquellos tiempos a los incanatos³¹ y en pleno proceso acelerado de cambio cultural, debido a la influencia de este imperio. Los Mapuches habitaban exactamente la zona que va desde el Valle del Aconcagua hasta el Seno de Reloncaví, y hasta la Isla Grande de Chiloé.

El territorio tradicional del pueblo Mapuche que es hoy en día su área residencial, incluye segmentos importantes de las regiones VII, IX y X y abarca también desde el río Bío-Bío, hasta el archipiélago de Chiloé. En Argentina existe también una población amplia de Mapuches, cuya mayoría se ubica en las vertientes occidentales de sectores cordilleranos vecinos a las regiones IX y X.

Este pueblo se constituía a través de una sociedad sin estado, pese a ello conformaban una sola unidad en términos culturales, de lengua, organización política y económica con algunas pequeñas diferencias en ciertas regiones. Esta unidad se basaba principalmente en el vínculo de parentesco que le permitían estructurarse socialmente³².

Los Mapuches se organizaban en familia, ésta debía sumisión, y obediencia al cacique o *lonko*, bajo su autoridad, la familia había sido en los tiempos de paz la más importante estructura de organización, este cacique era quien resolvía cualquier tipo de problemas, vivían en un territorio determinado, en sus rucas, y se procuraban entre sí el alimento necesario para su subsistencia, vivían de la caza y de la recolección.³³

Este pueblo ha sido reconocido como un pueblo de importantes habilidades militares. No obstante, antes de la llegada de los españoles a Chile, los Mapuches estaban lejos de constituirse como una sociedad militar. Por de pronto, no existía ninguna razón para ello, no existían disputas por la propiedad territorial, tampoco había escasez de alimentos, ni esclavitud, ni rapto de mujeres, que derivaran en el cultivo del arte de la guerra. Sin embargo, desde que irrumpieron los españoles, los Mapuches, por el instinto de sobrevivencia, tuvieron que convertirse rápidamente en un pueblo guerrero. *El impacto de la guerra alteraría muchas de las relaciones sociales y políticas originarias. En lo político la guerra trajo consigo una extrema centralización, con el consiguiente fortalecimiento del poder de los caciques.*³⁴

Los cien primeros años de encuentro y convivencia del Mapuche con el conquistador español, significaron el nacimiento de una guerra violenta, cruda y brutal.

Durante este periodo la población indígena asentada en los valles de la zona central hacia el sur disminuyeron dramáticamente³⁵, muchos de estos indígenas fueron sometido a encomienda otros tantos perdieron la vida en combate.

De acuerdo a la transmisión oral y tradicional del pueblo Mapuche se han reconocido como parte integrante de este pueblo a ; un grupo central y 4 familias regionales, denominados: Mapuche (grupo central), Pewenche (gente del piñón) ubicados al Este, Williche (gente del sur); Lafkenche (gente del mar) ubicados al Oeste; Pikunche (gente del norte), esta ultima familia desapareció tempranamente durante la conquista y la Colonia, primero por su inclusión en encomiendas y sus faenas productivas.³⁶

Para poder soportar el avance español y para proteger su tierra, los Mapuches organizaron una larga y fuerte resistencia durante los siglo XVI, XVII y XVIII. El suceso que marco fuertemente esta lucha fue conocido como el “Desastre de Curalaba” el año 1598, los Mapuches lograron expulsar a los españoles hacia el norte del río Bio Bio, destruyendo a su paso toda cuanta ciudad estuviera fundada. Con este evento el río Bio Bío se estableció como la frontera natural entre españoles y los indígenas.

Con la celebración del Pacto de Quilín se regularizó la relación entre las ambas partes del conflicto.³⁷ En este y otros posteriores parlamentos entre Mapuches y españoles, se lograron acuerdos de respeto mutuo en las relaciones fronterizas, se reconoció el establecimiento de la nación Mapuche al sur del río Bio Bio. En total los parlamentos con la corona son 28, iniciados en 1641(Paces de Quilín) y finalizados en 1783³⁸.

Durante el siglo XVIII, este pueblo comienza una etapa de profundos cambios en el ámbito político y económico, la ganadería se convierte en la gran actividad económica, impulsando su expansión territorial hacia las pampas argentinas. En el ámbito político por su parte, el Lonko viene a afianzar y reforzar su liderazgo al interior del propio pueblo mapuche.³⁹

A fines del siglo XVIII, se firma por los Mapuches-Huilliches⁴⁰ el Pacto de Las Canoas, en este pacto, el pueblo permite la colonización española en la zona de la ciudad de Osorno, estableciendo la reserva de las tierras que hoy se conocen como San Juan para el asentamiento de los Huilliches. Los procedimientos efectuados por la Corona para la ejecución de este pacto, fueron reconocidos con posterioridad por el naciente Estado chileno. Los españoles nombraron comisarios de naciones, que debían reconocer las tierras que ocupaba cada cacique Huilliche, entregándoles un bastón con cacha de plata como símbolo de su autoridad⁴¹.

Con la llegada de la Independencia, las relaciones entre Mapuches y los nuevos gobiernos republicanos del naciente Estado chileno, no cambiaría como se hubiera pensado, las políticas de este periodo adoptadas hacia el futuro significarían para este pueblo una nueva pérdida de sus territorios a través de herramientas legales utilizadas por los gobiernos que se sucedieron a lo largo de nuestra historia como Estado independiente.

Los Mapuches de la República en adelante, serán objeto de nuevas expropiaciones, de políticas asimilacionistas, y se convertirán en meros espectadores de la nueva ocupación de sus tierras ancestrales. Desde entonces, salvo algunas excepciones las políticas y legislaciones dictadas en materia de Indígenas solo buscaran asimilarlos a la sociedad chilena, así como también integrar sus tierras y recursos al desarrollo económico y social del país. La búsqueda de un equilibrio entre el resguardo del Estado y los derechos de este Pueblo serán la tónica que marcaran los venideros tiempos hasta la actualidad de este pueblo.

En la actualidad, el pueblo Mapuche, posee la más alta población entre las demás etnias de nuestro país, en el censo del año 2002 se determinó que en la región de la Araucanía, del total de indígenas, el 99,5% pertenecían a la etnia Mapuche, es decir, alrededor de 203.221 personas, estas representan el 23,4 % de la población total de esta región. A nivel de país, no obstante, el porcentaje de población mapuche en el total de población sólo es el 4 %.⁴². De estas cifras es que radica la importancia de determinar políticas públicas y legislaciones en torno a los pueblos Indígenas en Chile en la conservación de sus costumbres y reconocimientos de sus derechos. **(Ver anexo N°1)**

7. EL CONFLICTO MAPUCHE. TERRITORIO Y TERRITORIALIDAD MAPUCHE.

El conflicto Mapuche podemos definirlo como un conflicto, político, cultural, económico y social, que tiene por finalidad reivindicar los derechos de la sociedad indígena -Mapuche sobre sus territorios, para el establecimiento de un orden político jurídico propio, de bases ancestrales, y diferente a las normas que rigen a nuestro estado chileno.

Con esta definición es posible detectar el conflicto de intereses que se produce entre las demandas de los pueblos indígenas y el Estado Chileno, pues este último como base de su soberanía sostiene como solución al conflicto Mapuche, la conservación de los derechos patrimoniales que posee sobre las tierras reclamadas por los Indígenas.

El Origen del inicio del conflicto del pueblo Mapuche con el Estado Chileno se remonta hace varios siglos atrás⁴³. Según veremos en el siguiente capítulo, a fines del siglo XIX fue promulgada una ley que tenía por objeto radicar a los pueblos indígenas en territorios delimitados, con esto se podría disponer de la mayor parte de la tierra por el Estado para llevar a cabo la colonización de la zona sur por pobladores extranjeros y chilenos.

Dado lo anterior los conflictos fueron aumentando en torno a la propiedad de la tierra, lo que algunos han llamado "la deuda histórica", se fue acentuando con la formación del Estado-Nación, que estableció que todos los individuos que habitaban en un mismo territorio eran considerados automáticamente ciudadanos, y en consecuencia, quedaban sujetos al marco jurídico y a los mismos derechos y deberes que los demás habitantes de la nación. Sin embargo, los problemas con el tiempo de fueron agudizando

la pérdida de autonomía territorial y de la marginación de su cultura, idioma y religión terminaron por acabar paulatinamente la riqueza de esta etnia.

A lo largo de la historia nacional encontraremos muchas evidencias de los enfrentamientos entre estas comunidades y el Estado, a modo de ejemplo si intentamos contextualizar el conflicto Mapuche al interior del proceso de redemocratización de Chile y con posterioridad a la promulgación de la Ley Indígena 19.523, el proyecto de la Central Hidroeléctrica Ralco fue el hecho que detonó y agudizó con gran fuerza los constantes conflictos.

El pueblo Mapuche demanda el reconocimiento del pueblo Mapuche como una entidad étnico-política, esto significa, como un pueblo autónomo política y territorialmente, aunque no necesariamente independientemente del Estado chileno. Además de tener derecho sobre sus tierras actuales y la devolución de aquella de las que fueron despojadas con antelación.

El año 1825 el Gobierno de Chile, con el fin de declarar formalmente una especie de “cese de las hostilidades”, se firmó entre representantes de nuestra recién independizada Patria y del pueblo Mapuche, el Protocolo de Tappin, en el que se ratificaba como frontera entre Chile y el pueblo Mapuche, el río Bío. Bio.

Aun así, con este tratado no cesó de forma definitiva la inquietud de la zona pero si permitió una relación pacífica entre los sucesivos gobiernos de nuestro País, y la nación Mapuche, esto solo hasta 1851, año en que el General José María de la Cruz, político y militar se levantó en armas tras perder la elección presidencial contra de Manuel Montt. Acusando un fraude al Gobierno central, fue apoyado por líderes Mapuches, sin embargo, este levantamiento fue sofocado por las fuerzas del Presidente Montt encabezadas por el General Manuel Bulnes, pero sin que los caciques que apoyaban a De la Cruz se rindieran, sino por el contrario, estos dieron refugio a quienes no depusieron las armas, realizando en conjunto pillajes y saqueos.

Pero lo que gatilla la decisión del Gobierno chileno de ocupar la Araucanía, en 1861, históricamente conocida como “ la pacificación de la Araucanía”, es la aparición en la zona del aventurero francés Orélie Antoine de Tounens, quien tomó contacto con lonkos Mapuches y acordó con ellos el establecer un “reino”, que abarcaría además de la Araucanía, la Patagonia, territorio absolutamente descuidado por Chile y que posteriormente sería “entregado” a Argentina por el nuevo entonces rey Orélie Antoine. .

Fue este hecho en definitiva el que motivó que el Gobierno de José Joaquín Pérez, quien hasta entonces había rechazado un plan del político y militar permitió que la estrategia de Cornelio Saavedra Rodríguez se llevara a cabo, a través, de puestos militares y la fundación de ciudades, en los hasta entonces territorios Mapuches. En una primera etapa y dada la casi nula resistencia presentada por el Pueblo Mapuche, de manera pacífica, en 1862 se produjo una sublevación, por medios militares. En 1880, cuando nuestro País entra a la Guerra del Pacífico, los Mapuches emprenden nuevamente acciones bélicas, atacando puestos ubicados en la zona entonces conocida como “De la Frontera”, cuyo punto de referencia era el río Toltén. Una vez finalizada la

Guerra del Pacífico, Chile decide emprender una campaña destinada anexar de manera definitiva la Araucanía, llegando hasta el Lago Villarrica, labor que recae en lo militar en el Coronel Gregorio Urrutia.

TERRITORIO Y TERRITORIALIDAD MAPUCHE

Los territorios de la etnia Mapuche vino a ser estudiado profundamente por Instituciones dedicados a la observación de los derechos de este pueblo, las organizaciones mapuches, así como los académicos dedicados al estudio de las sociedades indígenas han establecido un concepto de territorialidad que viene a ser un referente que fundamenta la existencia, el origen, la propiedad y las demandas de los mapuches sobre los territorios por ellos ocupados.

La noción de territorialidad y territorio Mapuche, ha llevado a estudiar ciertos elementos como, los relatos de estos pueblos, crónicas, y tradición oral, en busca de memorizar estos conceptos en las demandas territoriales que hoy hace el pueblo mapuche.⁴⁴

De acuerdo a estos estudios se ha logrado establecer que el pueblo mapuche desde antes que los españoles llegaran a Chile, ya tenían una noción de territorialidad absolutamente comprensible,

Margarita Alvarado, en su libro *“Territorio y especialidad: Un modelo etnográfico y su aplicación al siglo XVI, para el área Itata-Tolten, en Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena”*, señala que la historia revela la percepción de un *Mapu*, término que *“implica en el mundo mapuche relación con el origen, el lugar de proveniencia y al cual se está ligado por lazos parentales, de linaje, vinculado con los antepasados”*

A su vez para el autor Christian Martínez, El territorio para los Mapuches *“es aquél conjunto de tierras que poseen alguna unidad de dominio político por una parcialidad mapuche que se identifique como tal. En otras palabras, es la parcialidad o conjunto de parcialidades mapuche que logran dominio e identidad colectiva sobre un conjunto territorial. De aquí que el concepto de territorio sea esencialmente político y se exprese en una cierta soberanía y autonomía para ejercer poder, lograr el dominio de tierras y un sentido de pertenencia particular”*⁴⁵

Los *Mapuches* con anterioridad y durante el periodo de la colonia se organizaban a través de una estructura de organización política y de poder, cuya expresión más pequeña era un grupo de *patriparientes* y personas afines (familia extensa y compleja). Esta unidad social que se llamaba *lof*, se conformaba por todos los descendientes masculinos del padre de familia con sus esposas, a la cabeza de esta unidad estaba la autoridad del *lonko*. La vida social y todos los derechos y obligaciones de los *Mapuche* del *lof* se regulaban por el *Ad Mapu*, incluyendo los derechos sobre tierra y recursos⁴⁶.

En cuanto a la relación entre poder y el territorio, el mismo Martínez señala que *“La segmentación del poder en la sociedad mapuche, en función del lof y el Rehue (conjunto de familias extensas) hace que el recurso de tierras se encuentre directamente*

*asociado con el concepto de territorialidad, esto es, con la capacidad efectiva de tener potestad o dominio sobre un área socioespacial determinada*⁴⁷

La segmentación en cuanto al poder, al interior de la sociedad Mapuche es lo que hace que el concepto de territorio para este pueblo sea ininteligible ⁴⁸sin el concepto de propiedad, ambos se definen y se limitan de acuerdo al juego de poder entre cada una de estas instancias de la sociedad mapuche. Para las comunidades Mapuches la pérdida de sus derechos y la posibilidad de recuperación del dominio de sus tierras ancestrales es perder su memoria histórica. La memoria histórica para este pueblo no es algo aislado, constituye un constante viaje hacia el pasado, que rememora su pertenencia y el sustento de la estructura socio- cultural y económico de los mapuches, generando un consenso que se ha hecho oír con fuerza en los últimos años en la recuperación de sus tierras ancestrales⁴⁹.

8. EL TITULO INDÍGENA

De acuerdo al profesor Gonzalo Aguilar Carvallo⁵⁰, *“El titulo indígena es una institución jurídica que ampara los derechos ancestrales de los pueblos indígenas a la tierra, territorios y recursos”*.

Lo importante en la determinación del titulo indígena es analizar cuales serian las fuentes que le darían vida, y en efecto, determinar también las posibles consecuencias jurídicas que de ello derivaría. El grupo de trabajo sobre el proyecto de Declaración Americana a través de su relator, destacaron la importancia de otorgarle valor a los tratados históricos y otras fuentes jurídicas e históricas, al momento de reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y sobre sus recursos naturales.⁵¹

De acuerdo a las ideas que preceden podemos identificar tres fuentes del titulo indígena, a saber;

- a) Legislación dictada por el Estado del territorio que habitan los pueblos originarios;
- b) Tratados celebrados entre los conquistadores españoles y los pueblos originarios, particularmente con el pueblo mapuche;
- c) Derecho Indígena emanado de la tradición histórica jurídica de estos pueblos.

Cuando hablamos de titulo Indígena, estamos aludiendo al antecedente mediato , de la adquisición de la tierra, y sus recursos naturales de los pueblos originarios, lo anterior aplicado al pueblo Mapuche en estudio, este antecedente vendría dado por la ocupación y por la utilización inmemorial de estas tierras con anterioridad a cualquier llegada de los conquistadores, estos pueblos fueron los primeros ocupantes de estas tierras, las que fueron arrebatadas por los colonizadores y después por los gobiernos independientes formados en América.

En América Latina, ni españoles ni portugueses reconocieron los derechos los títulos indígenas sobre las tierras que ocupaban y como cita el profesor Gonzalo Carvallo, a Soledad Torrecuadrada, *“a pesar de las diferencias en cuanto al procedimiento utilizado se observa en todos los casos, la utilización frecuente del uso de la fuerza armada o*

*institucionalizada , judicial o legislativamente o de ambos tipos-cuando los grupos indígenas no se encontraban receptivos a los requerimientos de los recién llegados”.*⁵²

Así las cosas en el caso de nuestro país los decretos leyes N° 2.568, y N° 2.750 “establecieron en lo que antes fueron las reducciones indígenas, la propiedad privada individual, la que una vez constituida como tal, se despojaba de su calidad indígena, con ello se vino a cambiar para siempre la propiedad de los Mapuches sobre sus tierras, de una propiedad comunal se pasó directamente, con la consecuente dictación de estas normas, a una propiedad privada individual.

El título escrito corolario de la propiedad privada, nunca fue un parámetro que el pueblo Mapuche utilizara para determinar sus dominios y la extensión de éstos, la exportación Europea de la escrituración del dominio, fue lo que condujo y llevo a los Mapuches a ser relegados y despojados de sus tierras.⁵³

En países como los del Commonwealth, el uso y la ocupación exclusivos de tierras desde tiempo inmemorial dá lugar a un titulo aborigen oponible a todos, salvo al gobierno. Lo anterior entonces supone que este titulo no es absoluto y que en consecuencia, y bajo ciertos supuestos legales el titulo aborigen sería susceptible de ser objeto de amenazas por parte del Estado, adolecería de una precariedad ilegítima, y desigual, ya que este régimen jurídico sería diametralmente diferente a los estatutos establecidos para la protección de la propiedad privada y los bienes de los demás ciudadanos no aborígenes.

El titulo aborigen, en muchos de los países en que se reconoce, estaría afecto a una importante limitación afectando los derechos que de este titulo emanarían, estamos frente a un titulo imperfecto y de carácter limitado. En este contexto, la Relatora Especial Daes- ha señalado- *que la noción de título aborigen es discriminatoria en sí misma "pues sólo proporciona una condición jurídica defectuosa, vulnerable e inferior respecto de la propiedad de tierras y recursos indígenas"*⁵⁴

De acuerdo a la opinión de algunas mesas de trabajo del Proyecto de Declaración de Naciones Unidas, el significado y alcance que se le asigne al titulo indígena dependerá del régimen jurídico vigente en el Estado de que se trate , en la misma línea Fergus Mackay ha señalado que la extensión de los derechos a la tierra reconocidos por el Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, va a ser determinada en gran medida de acuerdo a los parámetros de la legislación nacional vigente de cada país.⁵⁵

A modo de conclusión y al parecer del Profesor Gonzalo Carvallo el título indígena viene a encontrar su fundamento en una ocupación y posesión que han hecho los pueblos originarios sobre sus tierras y sobre sus recursos, para que éste titulo obtenga validez y aplicabilidad en nuestro sistema jurídico Chileno es preciso un reconocimiento constitucional o legal del titulo indígena. Este reconocimiento en todo caso seria solo de carácter declarativo no seria él quien le otorgaría el fundamento al titulo indígenas, pues el fundamento de él residiría, como dijimos precedentemente, en la ocupación y posesión inmemorial de estos pueblos sobre sus tierras.

a. CARACTERÍSTICAS DEL TITULO INDÍGENA⁵⁶

- 1) El titulo Indígena tiene una naturaleza comunal y colectiva;
- 2) El titulo Indígena no solo abarca bienes inmuebles identificados, se incluye además en él los recursos naturales que se encuentran en ellos.
- 3) El titulo indígena es un titulo histórico e inmemorial, no es escrito.
- 4) Se basa en la posesión, ocupación o uso inmemorial actual o histórico de sus tierras.

b. CARACTERÍSTICAS EN EL DERECHO COMPARADO DEL TITULO INDÍGENA. CASO EN CANADÁ

- 5) El titulo Indígena o aborigen, supone un derecho a la tierra.
- 6) Implica un interés patrimonial.
- 7) Es un derecho colectivo.
- 8) Es un derecho sui generis
- 9) Este derecho debe ser siempre utilizado en armonía con la relación que el pueblo
- 10) indígena tiene con estas tierras.

c. TÍTULO INDÍGENA EN EL DERECHO CHILENO. BREVE RELACION

El estudio de los títulos originarios de las propiedades indígenas y a través del sistemático estudio histórico de su trayectoria permitió establecer la situación actual de las tierras ubicadas en la zona del Alto Biobío, según los autores Autor Gerardo Azócar, y Rodrigo Sanhueza, se pueden distinguir estas tierras entre; propiedades particulares, tierras indígenas, propiedades fiscales, propiedades en situación de conflicto y propiedades pertenecientes a instituciones del Estado. De las 227.107,6 hectáreas estudiadas, el 36,6% de ellas pertenecen a particulares. Mientras que el 18% que corresponden aproximadamente a 41.002 hectáreas se encuentran hoy en día en situación de conflicto entre propietarios particulares y comunidades Mapuches-Pehuenches, los particulares poseen por su parte los títulos de dominio, mientras que las comunidades indígenas ocupan materialmente estos mismos territorios, respecto de los cuales reclaman la ocupación ancestral de sus tierras, y por ende, el dominio sobre ellas.

Respecto de las tierras pertenecientes a los Mapuches-Pehuenches, estas alcanzan las 86.530,3 hectáreas, lo que representa el restante 38,1% del total.” *En estas tierras se distribuyen once comunidades con un promedio de 18,65 hectáreas por persona. Estas tierras, como se ha señalado, componen la propiedad pehuenche reconocida por el Estado de Chile en un largo proceso histórico⁵⁷. (Ver Anexo N° 2)*

Actualmente, en el ADI se observa una concentración de la tierra en propiedades grandes y medianas, como también una atomización de explotaciones de subsistencia, donde se concentran las tierras de los pehuenches. La propiedad pehuenche corresponde principalmente, a hijuelas individuales originadas en la subdivisión de los fundos expropiados por la Reforma Agraria y luego asignados a familias indígenas a partir del año 1985.

9. CONVENIO 169 DE LA OIT. “SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES”

Los derechos indígenas en el marco internacional deben ser estudiados desde la perspectiva más general, relativa a los derechos humanos. La Declaración de los Derechos Humanos constituye la normativa fundamental en esta materia. Sin embargo esta declaración sólo se refiere enfáticamente al tratamiento de los derechos individuales de los pueblos, sin aludir a sus derechos colectivos, ni al tema que tratamos en cuestión, a saber el derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales de los pueblos originarios, por el momento prescindiremos de su reglamentación.

El Convenio 169 de la OIT, entro en vigor internacional el año 1991, con 328 votos a favor y uno en contra y 49 abstenciones, sin duda alguna este importante convenio viene a convertirse en el primer instrumento internacional y jurídico en regular los derechos de los pueblos indígenas.

La Organización Internacional del Trabajo ha mostrado siempre una gran preocupación por los pueblos indígenas del mundo. Con la instauración en el año 1945 de las Naciones Unidas éste organismo impuso el interés por la regulación jurídica de estos Pueblos, y de todas las materias relativas a ellos, a través de equipos multidisciplinarios empezó a trabajar en la elaboración de instrumentos que permitieran la integración y el reconocimiento de los pueblos originarios y tribales del mundo.

El Convenio 107 del año 1957 y el Convenio 169 del año 1989 así lo ejemplifican ellos *“constituye una expresión de la creciente conciencia de los países sobre la obligatoriedad de reconocer la existencia y derechos de los primeros habitantes”*⁵⁸.

Por su parte, los sucesivos gobiernos democráticos de Chile, desde 1990 en adelante han trabajado el terreno para el establecimiento de bases que permitan el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas chilenos. La creación de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, fue la antesala de la promulgación de la Ley Indígena del año 1993, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, el Acuerdo de Nueva Imperial en enero del 2006, han sido algunos de los muchos pasos que se han dado en Chile en materia indígena.

Así las cosas en lo que a tratados internacionales se refiere, Chile, tras una larga y tediosa tramitación política legislativa de este importante convenio, en enero de este año, la Comisión de Relaciones Exteriores, aprobó en forma unánime el proyecto de acuerdo que ratifica este instrumento, “pero con una aclaración interpretativa en el sentido que solo es aplicable a los tratados vigentes ratificados por Chile y no es vinculante con otras declaraciones internacionales”.

La OIT rechazó la pretensión chilena de ratificar con una "declaración interpretativa" que buscaba excluir a la Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del marco interpretativo del Convenio 169, ya que dicha Declaración Interpretativa impediría que la Norma de Derechos Humanos Internacional se pueda interpretar a otros tratados Internacionales, como la Declaración de N.U. que fue aprobada por Chile el 13 de septiembre de 2007 en la Asamblea General de la ONU.

Finalmente el año 2006 la Presidenta Bachelet decidió ratificar en forma íntegra y sin ninguna interpretación el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que significa una reivindicación histórica de los pueblos indígenas de nuestro país, cumpliendo además con uno de los compromisos de los gobiernos de la Concertación, La ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se produjo el 15 de septiembre 2008, la OIT notificó dicha ratificación en su página oficial.⁵⁹ Asimismo, la carta señala que el Convenio entrará en vigencia en Chile el 15 de septiembre de 2009, doce meses después de la fecha del registro de su ratificación.

En este intertanto el Gobierno de Chile implementó los estudios necesarios para adecuar la normativa interna a los requerimientos del documento internacional.

A partir del 15 de septiembre, fecha de oficialización del Convenio, los indígenas en Chile dejaron de ser etnia, ahora son pueblos. En un segundo plano el Estado debe entender que en este nuevo proceso las instituciones del Estado, (servicios públicos, Conadi y municipios) deberán readecuar su trato con los pueblos indígenas, dando término a las políticas clientelistas y asistencialistas.

Este Convenio es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más actualizados sobre la materia, ha contribuido enormemente en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas: como el reconocimiento de su carácter de pueblo, y en especial, por el tema que estamos tratando el derecho sobre sus tierras y territorios⁶⁰.

El preámbulo de este convenio manifiesta la histórica aspiración de los pueblos originarios del mundo de su autodeterminación económico- social, espiritual, a través de sus propias instituciones al interior de los estados en que viven.

Para el análisis de la problemática del derecho a las tierras de los pueblos indígenas analizaremos este instrumento estableciendo para ello las definiciones básicas contempladas en él. Este convenio⁶¹ establece en su artículo 1° que;

Artículo 1°

Kiñe Txokiñ

El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

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

El convenio utiliza la palabra Pueblos, término que para los Indígenas viene a reafirmar sus demandas por el reconocimiento de sus derechos, sin embargo, y como

puede verse sin grandes análisis, ésta denominación produjo algunos resquemores en los Estados ya que dicha denominación de *Pueblos*, se asocia en el Derecho Internacional a la libre autodeterminación y según alguna doctrina al derecho de secesión, esto sin duda, provocaría alguno que otro problema político interno en los estados, en resumen este convenio solo vendría a prever una autodeterminación y autogobierno de los pueblos indígenas y tribales para decidir sus propias prioridades. De esta forma es que el convenio viene a solucionar este foco de posibles conflictos y para ello señala que; *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.*⁶²

Se ha señalado que el mandato de la OIT se encuentra perfilado a materias económico sociales por tanto la interpretación política de la libre autodeterminación estaría excediendo el ámbito de sus competencia y que al no establecer algún tipo de limitación a ese derecho, este instrumento no sería incompatible con cualquier futura regulación.

Una vez determinado su ámbito de aplicación es necesario establecer, que es lo que dispone el convenio en cuanto a la labor de los estados que lo han ratificado, ello es indispensable para determinar las posibles obligaciones que recaerían en él, a la hora de disponer medidas para dar cumplimiento a lo dispuesto en este instrumento internacional. Así en su artículo 2°⁶³ dispone que;

Artículo 2°

Epu Txokiñ

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos

y

culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

En cuanto al mandato establecido para los estados adherentes, ratificantes, y estados partes del convenio cabe señalar que el convenio 169 y la Organización Internacional del trabajo, han establecido una serie de mecanismos de tutela y supervigilancia, a través de relatores, para que informen sobre la aplicación de este convenio mediante el examen de las memorias quinquenales presentadas por los gobiernos.

Este mecanismo de supervisión recibe el nombre de Comité de expertos en aplicación de convenios y Recomendaciones de la OIT, este comité analiza estas memorias y si lo estima conveniente solicita más antecedentes a fin de elaborar un informe anual que dé cuenta del tratamiento y aplicación de este convenio y que de estimarlo procedente puede efectuar recomendaciones para el fiel cumplimiento de este instrumento.

En la segunda parte de éste se⁶⁴ regulan los principios en materia de tierras que viene a constituir el marco específico del análisis de este instrumento para el tema tratado por este trabajo. Así en su Parte II denominado “Tierras” el convenio dispone que;

Artículo 13

Marri kùla Txokiñ

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.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

Marri Meli Txokiñ

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Al hablar de la autodeterminación de los pueblos, es preciso recordar también que ésta autodeterminación solo es posible llevarse a cabo en un determinado espacio, un territorio que poseído por estos pueblos venga a constituir su vínculo histórico e inmemorial sobre las tierras poseídas, el concepto de etno territorio es importante para entender este vínculo. ⁶⁵En este orden, el *etno-territorio* enlaza la noción de espacio geográfico, todo ello unido a una tierra material que alimenta la existencia de las etnias, con todo el simbolismo que las etnias tienen respecto al espacio que ocupan. Así para “los mapuches la tierra, poseía y posee un profundo sentido que trasciende lo meramente

productivo, aunque este aspecto sea el principal de la subsistencia y la reproducción social y económica, pero la tierra no sólo da el alimento, sino también sentido de identidad y pertenencia, permitiendo la sobrevivencia cultural y la mantención de las prácticas religiosas”⁶⁶

“La protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”⁶⁷

El concepto de territorio a que hace alusión este artículo es lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos que los pueblos interesados ocupan y utilizan de otra manera. Además de establecer que *“deberán reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”* debiendo garantizarse la posibilidad de utilizar las tierras a las que históricamente han tenido acceso aunque no estén exclusivamente ocupadas por ellos. Este derecho al territorio comprende expresamente el derecho a utilizar, administrar y conservar los recursos naturales allí existentes (art.15)⁶⁸.

En consecuencia y dado lo relatado precedentemente, los pueblos indígenas lo que reclaman es la recuperación de aquellas tierras en cuanto a espacios naturales sobre el cual puedan ejercer sus derechos colectivos, donde puedan ejercer su autonomía. Para el pueblo Mapuche como pueblo originario, este demanda el reconocimiento de sus tierras, entendida ésta como el enlace de todas las ideas que preceden y no entendida al modo occidental.

10.- LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE TIERRAS. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA

A. CASO “MABO VS. QUEENSLAND”. TÍTULO NATIVO. IMPORTANCIA⁶⁹

El Gobierno de Australiano reconoce la existencia de una afinidad única entre los aborígenes Australianos y su tierra, reconociendo a su vez, la importancia que sus tierras tienen para su desarrollo sociocultural, se asegura la generación de instancias apropiadas para que los indígenas posean aquellas tierras con las que tienen una continua y tradicional asociación importante y también para una sana convivencia de los aborígenes y el Estado Australiano.

A comienzos de la década de los setenta el Gobierno australiano inició la compra terrenos privados en sectores rurales con el objeto de beneficiar a las comunidades indígenas. Junto a los esfuerzos del Gobierno Federal y los gobiernos estatales en materia legislativa se logró la devolución por parte de la Corona de territorios a las comunidades aborígenes de este país, esto trajo consigo la legitimación de las demandas con respecto a los mismos. En 1976 con la dictación de *La Ley sobre Derechos de Tierra Indígena (Territorio del Norte)* casi el 50% de los terrenos del Territorio del Norte de Australia pasaron a ser propiedad colectiva de indígenas.

El Fondo de Tierras establecido en este país constituye un mecanismo efectivo para el logro de los propósitos establecidos en la Ley precedentemente indicada, con un capital base de aproximadamente AUD\$1,400 millones para ayudar a los pueblos indígenas se persigue la adquisición y manejo de tierras recuperadas.

Actualmente, los aborígenes e isleños del Estrecho de Torres en Australia que representan aproximadamente al 2% del total de la población Australiana poseen o controlan cerca del 15% del continente australiano, ello como resultado de los mecanismos de derechos de tierra estatutario que preceden al reconocimiento del título nativo.

En Australia, el 3 de Junio del año 1993 el Tribunal Superior de este país se pronunció sobre la acción interpuesta por los demandantes Eddie Mabo, David Passi y James Rice, (Población Meriam) de las Islas Murray en el Estrecho de Torres. La acción tenía por objeto reclamar derechos legales de propiedad que la población Meriam tenía sobre los territorios de las Islas Murray en el Estrecho de Torres anexadas al estado de Queensland en 1879. Entre los argumentos de los demandantes; Estos alegaban ser propietarios, poseedores, y ocupantes, de las Islas, en consecuencia, gozaban de un derecho a uso y disfrute de las islas y de posesión de un título a causa de una larga posesión.

La Suprema Corte de Australia estableció que el derecho común australiano reconocía una forma de título nativo de propiedad que se determina de acuerdo con las leyes y costumbres indígenas tradicionales. Al hacer esto, la Suprema Corte rechazó la idea de que Australia era *terra nullius*, o tierra de nadie, al momento de la colonización británica. La decisión de la Corte Australiana se basó en las conclusiones de hecho

formuladas por la Justicia Moynihan de la Corte Suprema de Queensland: Estableciendo ; que *en los isleños Murray había un fuerte sentido de relación con las islas y que ello los lleva a considerar la tierra como la suya*. Todos los magistrados, con excepción de uno de ellos⁷⁰, acordó que:

La fuente de los títulos nativos era la relación tradicional de ocupación o de la tierra y por tanto, había un concepto de los títulos nativos en el derecho común

1. La naturaleza y el contenido de los títulos nativos se determinó por el carácter de la conexión o la ocupación en virtud de leyes o costumbres tradicionales, y
2. El título nativo podría ser extinguido por el válido ejercicio de facultades gubernamentales siempre una clara y simple intención de hacerlo se puso de manifiesto.
3. Rechazo de la *terra nullius*: La decisión reconoce que la población indígena tiene un sistema preexistente de derecho, que, junto con todos los derechos que subsista el mismo, se mantendrán en vigor en la nueva soberana salvo que se modifique o extinga por acción legislativa o ejecutiva.

En el caso en cuestión, así como en otras resoluciones sobre la misma materias, la Corte Suprema de Australia ha reconocido al Título Nativo la característica de que las tierras son posesión de una comunidad o un individuo, siempre conservando⁷¹ el respeto de las leyes y de las costumbres tradicionales, pero con una importante limitación, el título es inoponible a la corona. Los derechos e intereses de los títulos nativos se basan en leyes y costumbres anteriores a la adquisición de soberanía por parte de los británicos, es decir, no son derechos que sean otorgados por el gobierno como los derechos territoriales estatutarios que se encuentran en los *la Ley sobre Derechos de Tierra Indígena de 1976*.

La Ley de Título Nativo de la Comunidad de Australia del año 1993 establece el fundamento legal para proteger y reconocer el título nativo. En consecuencia, y de acuerdo a este estatuto el título nativo existe cuando:

- 1.-Los derechos e intereses de título nativo estén reconocidos por el derecho común australiano.
- 2.-Los derechos e intereses de posesión derivan de las leyes y costumbres tradicionales que aún son reconocidas y observadas por los aborígenes e isleños del Estrecho de Torres.

Según lo establecido en las costumbres y leyes tradicionales de los aborígenes e isleños del Estrecho de Torres tengan un vínculo con el territorio y las extensiones de agua de Australia.

b. CASO COMUNIDAD MAYAGNA, AWAS TIGNI VS. NICARAGUA

El año 2001 la comunidad étnica Mayagna, habitantes de la costa Atlántica de Nicaragua, alegaron que el gobierno de Nicaragua no había demarcado las tierras

comunales de la comunidad Awas Tingni, y que de acuerdo a su criterio el gobierno había incurrido en una negligencia al no haber tomado las medidas necesarias para el resguardo de la propiedad y los recursos de dicha comunidad. El Estado cuestionado había dado en concesión las tierras que habitaba esta comunidad, para la construcción de carreteras y para la explotación forestal de la zona precedentemente señalada.

Por ello es que el 4 de junio de 1998, la Comisión Interamericana presentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos argumentando la supuesta violación por el Estado nicaragüense de los artículos 1° que establece la obligación de respetar los derechos, 2° obligación de adoptar disposiciones de derechos interno, artículo 21° que dispone el derecho a la propiedad privada⁷². Después de tres años de una larga tramitación finalmente el día 31 de agosto de 2001, por siete votos contra uno, la Corte Interamericana resolvió la demanda favoreciendo las peticiones de la Comunidad Awas Tingni, declarando que Nicaragua violó el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad comunal en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

La decisión adoptada por la Corte Interamericana se convirtió en el primer caso, en que se reconoció la posesión inmemorial de las tierras habitadas por estas comunidades como una prueba suficiente del título de dominio. Además, la Corte realizó un breve análisis de la diversidad cultural indígena manifestada en su específica forma de propiedad de la tierra que difiere notablemente de las formas occidentales de tenencia de la tierra. Según el Juez García Ramírez, excluir las formas colectivas de propiedad garantizada por la Convención Americana implicaría efectuar una interpretación francamente discriminatoria de este instrumento. En este contexto, la Corte elaboró el siguiente concepto de propiedad indígena:

Según la Corte, el derecho de uso y goce libre de las tierras comunales poseídas colectivamente comprende el derecho a la delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas con la plena participación de los miembros de la comunidad y en conformidad con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de las comunidades. En esta sentencia, hay un reconocimiento directo del título indígena, el cual se encuentra gobernado por las normas consuetudinarias de esos pueblos. La trascendencia de la sentencia Awas Tingni para el concepto de propiedad indígena y de título indígena ha sido afirmada en varias ocasiones. Por ejemplo, es de destacar que en el período de sesiones de 2001 del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos sobre el Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, algunas delegaciones gubernamentales se refirieron a este reciente fallo, señalando que "en él se afirmaba sin lugar a dudas que los pueblos indígenas tienen, con arreglo al Derecho Internacional, derechos colectivos a las tierras que han poseído tradicionalmente, o que de otro modo han ocupado o utilizado.

11. EXPANSIONISMO TERRITORIAL CHILENO SOBRE LAS TIERRAS MAPUCHES (1813-1927)

En este capítulo analizaremos las políticas adoptadas por el Estado Chileno en materia de propiedad de las tierras del pueblo Mapuche, a través de una síntesis histórico legislativa, estudiaremos las diferentes posturas y políticas públicas adoptadas por los diferentes gobiernos a partir de la República, la revisión que se hará en este capítulo no pretenderá ser un estudio exhaustivo y pormenorizado sobre la materia, sin embargo, en él será posible establecer cronológica y sistemáticamente las tendencias de los gobiernos en el marco histórico definido, a saber, desde la República de nuestro país, desde el año 1819 hasta la actualidad, específicamente con la dictación de la ley Indígena el año 1993, respecto de la cual se efectuará un importante análisis respecto de la propiedad de los Indígena.

Desde el año 1813 hasta 1927 durante este periodo la política asimilacionista tuvo como objetivo lograr la unidad territorial y étnica del estado Chileno, esta postura no solo se reduce a nuestro país, la política asimilacionista⁷³ fue utilizada en varios de los estados latinoamericanos, con el fin de lograr el establecimiento de una nueva estructura en la propiedad rural y la constitución de un latifundio, fue justamente este afán lo que llevó a Chile a la expansión territorial con el proceso de la pacificación de la Araucanía. Las políticas que se adoptaran con posterioridad vendrán a terminar paulatinamente con la propiedad colectiva del pueblo Mapuche.

Sin embargo, el proceso histórico que va a terminar con la derrota final de los Mapuches como etnia independiente y soberana, para convertirse en una minoría étnica sometida económica, política, y culturalmente al Estado Chileno, se deberá a múltiples dinámicas que se enlazaron y se concertaron en una misma dirección.

La instauración de la hegemonía nacional chilena no fue únicamente el resultado de una conquista por las armas (pacificación de la araucanía), ni tampoco el producto lógico de la asimilación de los indígenas a través de los mecanismos fronterizos de la convivencia pacífica⁷⁴, si no que fue el producto de una serie de elementos. *De suerte que las acciones e intereses inmediatos de los agentes sociales pueden producir efectos perversos que, a la larga, jugarán en contra de ellos*⁷⁵. Tal fue el caso, por ejemplo, de algunos caciques que, regalaron, arrendaron o vendieron tierras a oficiales, comerciantes y colonos en momentos que todavía no se notaba o se hacía sentir la arrolladora fuerza de la dinámica económica y política nacional e internacional que pretendía la apropiación, de parte del Estado, de casi el total de las tierras Mapuches.

A través del análisis de estos múltiples actores y factores que se entrelazan y potencian (la colonización económica, la posición de una normativa estatal, la conquista militar) es que se enfocará lo que fue el ocaso del pueblo Mapuche como entidad independiente y soberana y de la apropiación de sus tierras, por la conquista de las armas y la instauración de un ideal modernizador de la asimilación al pluralismo productivista. Esos mismos indígenas que un día tan unidos ancestralmente estaban con

sus tierras se encontrarían después trabajando en ellas como arrendatarios, inquilinos o peones.

12. DECLARACIÓN DE IGUALDAD DE LOS INDÍGENAS. POLÍTICA DE ASIMILACIÓN JURÍDICA DE LOS MAPUCHES. 1819

Luego de las infructuosas e inútiles campañas militares desplegadas por la corona española en busca de la conquista de los territorios al sur del Bio-Bío, se vivió una convivencia limítrofe entre el reino de Chile y el pueblo Mapuche marcada por las relaciones comerciales y diplomáticas.

Esta situación comenzará a cambiar al inicio de la República, con la declaración de O'Higgins del 4 de marzo de 1819, se viene a establecer principios de igualdad y fraternidad entre el Estado y el pueblo Mapuche declarándose de aquí y en adelante a este pueblo como ciudadanos chilenos y libres como los demás habitantes de nuestro país.

Los principios de carácter liberal que inspiraba al gobierno de O'Higgins, fue lo que hizo que este bando intentara acabar con todos los abusos y discriminaciones sufridas por este pueblo durante la colonia, sin embargo, para quienes vivían al margen del Estado, como lo eran los Mapuches, esta declaración les era indiferente.⁷⁶

En la práctica se mantendrían independientes del estado central, aunque sus tierras eran objeto de presión que los habilitaba a vender con el citado decreto. Este momento fundacional de incorporación unilateral al aparato jurídico-legal chileno marcará el punto de partida de la relación entre el estado-nación y el pueblo Mapuche.

Pocos años antes, en 1813, la Junta de Gobierno ponía fin a los denominados Pueblos de Indios, instando a los indígenas a residir desde ahora en Villas Formales. Se trataba, pues, de valorar al Mapuche e incluirlo en la nación que se estaba fundando, para construir con él y sus territorios el nuevo país que surgía de las ruinas del mundo colonial.

La igualdad jurídica lograda con esta iniciativa legal traería consigo el debilitamiento de la raza Mapuche, debido al intenso mestizaje entre chilenos y mapuches y la constante asimilación a los chilenos.

Las ideas liberales impuestas durante este periodo comenzarían a producir las primeras consecuencias negativas para los Mapuches a mediados del siglo XIX, el proceso intervencionista y de infiltración de chilenos en la región del Bio-Bio significaría el desplazamiento de estas comunidades indígenas de sus tierras, a través de la utilización de contratos abusivos entre los chilenos y los Mapuches, grandes extensiones de territorios pasarían a manos de chilenos perdiendo en algunos casos, para siempre el dominio de sus tierras ancestrales⁷⁷.

Con la creación de la provincia de Arauco el año 1852, la apresurada legislación dictada a partir de este año, generó sin vuelta atrás una serie de normas en busca de la mejora del gobierno de las fronteras, y la promoción de la civilización de los Mapuches

y la búsqueda de un arreglo en materias económicas entre los Mapuches y el Estado Chileno⁷⁸.-

A partir del año 1853, las políticas asimilacionistas de los Mapuches llegarían a su fin, en este año se estableció la venta de sus tierras exigiendo para ello la intervención de autoridades chilenas como el Intendente y Gobernador de esta provincia, esto unido a la invasión sucesiva y paulatina de sus regiones por chilenos fue cada día mermando con el pasar de los años su calidad de vida y dominio sobre sus tierras, las ideas de igualdad soñadas e intentadas en un principio quedaron atrás, no fueron capaces de contener la expansión territorial y cultural de los chilenos.

Las políticas de la Republica Chilena y sus intentos por proteger la propiedad indígena llevó inevitablemente, además, al problema de la dicotomía que se daba en torno a la concepción regulatoria de la propiedad que no consagraba al igual que en el resto del país la propiedad individual de la tierra. Por lo tanto, no es de extrañarse que después de los primeros sobresaltos de las guerras de independencia, las autoridades hayan reanudado la política tradicional de civilización de los indígenas vía la misión y el parlamento.

13. LA PACIFICACION DE LA ARAUCANIA (1860-1880)

En estas tierras habitaban más de 190 mil indígenas, compuestos por los pueblos Pehuenches y Mapuches. Dicho territorio se había mantenido rebelde a partir de la denominada Guerra de Arauco ante el dominio español durante la Conquista de Chile y todo el período colonial de Chile, sin que ningún bando venciera claramente.

Luego de la independencia de Chile, ya en el período republicano, se ordenó la celebración de un parlamento general con los Mapuches que habitaban al sur del río Biobío, con la finalidad de acordar el estatuto que regularía las relaciones entre la nascente república y el pueblo Mapuche; realizándose así el Parlamento de Tapihue en enero de 1825. Sin embargo posteriormente sucedieron diversos hechos que obligaron al Estado Chileno a destinar recursos a la zona de la frontera.

El paso siguiente en políticas indígenas relativas a los Mapuches por parte del Estado con posterioridad al gobierno de Ohiggins, viene dado con la celebración del parlamento de Quilin el año 1641, entre españoles y Mapuches, en el cual se vino a establecer como frontera natural entre ambos el Río Bio Bío, con este reconocimiento por parte del conquistador del dominio de este Pueblo sobre estos territorios ubicados entre este río y el Toltén, se afianzó con mas fuerza la autonomía cultural, económica y política del pueblo Mapuche.

La expansión territorial del Estado Chileno con la llegada de la República, y el conservadurismo de los gobiernos de la época, llevó a la instauración de una política colonizadora hacia la frontera, desde 1830 en adelante, se hizo necesario, por razones de carácter económico, -debido a las grandes riquezas agrícolas que esta zona poseía-, la estabilización de las estructuras de poder de las regiones del sur.-

De acuerdo a la abogada Mylene Valenzuela, entre los objetivos que buscaban las políticas expansionistas y colonizadoras del Estado Chileno entre otros eran los siguientes;

- 1) La implantación de un régimen jurídico administrativo en la zona perteneciente a los Mapuches análoga a la establecida para el resto del país.
- 2) Ordenar legalmente la propiedad indígena a través de la protección cautelando la política colonizadora del estado.
- 3) Establecer los derechos de propiedad del Estado Chileno y de los pueblos indígenas y de los particulares-.
- 4) Colonización de las tierras fiscales adquiridas por compra o poseídas.

Los objetivos por parte del estado estaban definidos, para lograr su fin ahora era necesario llevar a cabo la ocupación material de la Araucanía.

El expansionismo estatal se gestaba rápidamente, bajo el mando del coronel Cornelio Saavedra, el proceso de penetración en las tierras de los indígenas, ya era evidente, la estrategia político militar del coronel, ya manifestada ya en el año 1860, reconocía la necesidad de correr la línea fronteriza hasta *el Malleco, con la consiguiente subdivisión y posterior venta de las tierras a extranjeros para su colonización*⁷⁹.

Con estos títulos a los Mapuches solo se le reconocieron derechos sobre al menos el 6% de sus tierras originales⁸⁰.

Así las cosas, la ocupación efectiva de la Araucanía era un elemento indispensable para llevar a cabo todo este proceso, con el adelanto de la línea fronteriza, como dijimos precedentemente, al río Malleco, el Estado fue avanzando en su ocupación de las tierras indígenas de todas aquellas que se encontraban hasta la línea de Traiguen en 1878, hasta la línea del Cautín en 1881, y hasta los callejones de los altos Bio Bio y el lago Villarrica en 1883, año en que se logra definitivamente la ocupación de esta región⁸¹.

La consolidación de esta estrategia se hizo realidad cuando en el año 1866, el congreso aprueba una ley que tiene por objeto regular jurídicamente la situación de la ocupación de la Araucanía, para ello pasa a declarar que todas las tierras que se encuentran al sur del Río Bio Bío eran terrenos baldíos, por tanto, fiscales.

El Estado entonces al ser dueño de ellas tiene la facultad de enajenarlas en remates públicos, esta misma ley creó además una comisión Radicadora que tendría como misión deslindar las tierras de los indígenas a fin de reconocerles derechos sobre ellas a través de la entrega de los llamados títulos de merced, a través de aproximadamente tres mil títulos se radicó a los Mapuches en 510 mil hectáreas, en todo caso las tierras de menor valor productivo.

Los vencidos fueron reubicados en "reducciones", es decir, terrenos comunitarios de extensión reducida para que practicasen sus actividades ganaderas, donde permanecen hasta hoy.

En los territorios ocupados se les entregaron tierras a colonos chilenos y europeos, principalmente españoles, alemanes, franceses, italianos, ingleses, suizos y del resto de

Europa, en total a el año 1901 llegaron 36.000 europeos, 24.000 contratados por la agencia de colonización y 12.000 llegaron por sus propios medios.

De esta forma la “Pacificación de la Araucanía” se tradujo en una invasión armada, que trajo consecuentemente el ordenamiento y la ocupación y militar de los territorios del Pueblo Mapuche, este proceso sangriento había preparado el camino para la implantación definitiva de un orden jurídico que organizara la Araucanía, los territorios y la cultura de acuerdo a los patrones, constituyen una inexorable confirmación de la dialéctica entre **derecho y fuerza** que ha atravesado toda la historia de occidente⁸².

Este nuevo orden vino a desestructurar la organización política y social ancestral del Pueblo Mapuche, al someter a los lonkos y a los linajes a la autoridad del papel y el “cacicazgo”. Llevó inevitablemente a que este otorgamiento legal de privilegios solo a algunos de los miembros de las comunidades, operará como una estrategia política importante puesto que es aquí donde comenzarían los conflictos y divisiones internas entre los Mapuches que terminarían en un quebrantamiento y degradación de su forma de vida en comunidad, de su *estar-en-común*. “Dividir para reinar” fue entonces la fórmula.

14. RADICACIÓN DEL PUEBLO MAPUCHE 1883-1927

Siguiendo un orden cronológico de las sucesivas políticas estatales, y de acuerdo al profesor Aylwin, estableceremos e intentaremos explicar este proceso de radicación del pueblo Mapuche que mencionamos al final del acápite anterior, y que se llevó a cabo una vez concluido el proceso de la ocupación de la Araucanía.

El Congreso Nacional el año 1866 creó una comisión radicadora formada por dos ingenieros y un abogado que debían efectuar el deslinde de las tierras de los Mapuches; los cuales de acuerdo a esta normativa estaban obligados a probar posesión sobre las tierras por lo menos de un año. Una vez realizado los deslindes se procedía a entregar al jefe de Familia el Lonko un título de Merced, con este proceso solo se les reconoció a este Pueblo una parte mínima de sus tierras ancestrales aproximadamente a solo un 6%, la comisión solo reconocía derechos sobre las tierras que efectivamente estaban siendo ocupadas por los Mapuches, y no de aquellas con las cuales tenían un vínculo cultural y material.

A partir del año 1870 se formaron las grandes propiedades particulares en Alto Bio-Bío, a través de cesiones de derechos de algunos indígenas a particulares y también mediante remates de tierras indígenas, que el Fisco –a partir del año 1902– realizó en la zona por contribuciones impagas. Estos grandes fundos fueron ocupados por inquilinos, medieros y administradores que habitaron estas tierras como meros tenedores, pero que en la práctica se convirtieron en colonos de los valles cordilleranos e imitaron la forma de vida de los Pehuenches. *“Así el uso de veranadas e invernadas, la economía pastoril, recolección del piñón y pequeños cultivos, fue consolidando la ocupación territorial dentro de los predios particulares y demarcando la frontera con los pehuenches, a los que se les*

comenzó a negar el acceso a los tradicionales lugares de utilización económica, ahora ocupados por estos colonos”.

El procedimiento usado por los particulares para despojar a los pehuenches-Mapuches de sus tierras consistía en la ocupación, mediante terceros (inquilinos y/o medieros), de los valles cordilleranos donde ellos habitaban. Estos llevaban animales a las veranadas y establecían relaciones comerciales y de amistad con los indígenas, compartiendo las actividades de subsistencia y de tráfico de animales. Con el tiempo se posesionaban del sector, impidiendo paulatinamente la ocupación de los grupos Pehuenches-Mapuches, y negociando con algunos indígenas proclives la cesión o venta de derechos sobre esas tierras.

La mayor parte de las cesiones de derechos o compras efectuadas a indígenas, no cumplió con la normativa legal vigente en la época en que se celebraron dichos contratos.

En los títulos de dominio originales no existen antecedentes que permitan determinar que el cesionario, además adquiriría la posesión material de los terrenos en que recaían esos derechos. Existieron ambigüedades e inexactitudes en los modos de adquirir y en la definición de deslindes, que han generado conflictos por la posesión y tenencia de la tierra.

La posesión material de grandes extensiones de terrenos la han ejercido, hasta hoy indígenas pehuenches, con o sin títulos, amparándose en su ocupación ancestral.

En la actualidad, los indígenas desconocen las ventas que habrían hecho algunos de sus antepasados, por cuanto, en la práctica, ellos nunca han dejado de vivir y poseer la tierra.

La radicación no respetó de modo alguno la organización política, social, económica del pueblo Mapuche, con la aplicación de este proceso la propiedad de los Mapuches pasaría a ser parte de la regulación jurídica del Código Civil, había quedado atrás ya la organización territorial del Lof o rewe de este pueblo y la concepción comunitaria de la propiedad vigente para este pueblo.

Además de cambiar su estructura socio-jurídica, la política reduccionista sedentarizó al Pueblo Mapuche cambiando su actividad económica de ganadera a agrícola, debido al reducimiento de sus tierras, lo que afectó irreversiblemente su cultura a través del disciplinamiento, de la escuela y la evangelización, todo ello con el fin de transformar sus costumbres, sus creencias y prácticas propias.

El arredencionamiento, y entrega de los títulos de merced duró 45 años, entre 1884 y 1929, y concluyó en la pérdida del 95% del territorio que habían mantenido independiente los Mapuches, esto es, 10 millones de hectáreas que con los títulos de merced se redujeron a 500 mil, a un 5%. Muchos indígenas Mapuches quedaron sin ser radicados, pues la comisión designada para tal efecto nunca logró visitar todas las tierras, las cuales con el tiempo fueron pérdidas mediante el desplazamiento de estas comunidades por parte de particulares.

Según la autora Mylene Valenzuela la radicación del Pueblo Mapuche habría generado los siguientes efectos en la comunidad Mapuche;

- 1) Se estaba condenando al indígena a vivir en un espacio reducido de tierra.
- 2) La intención del legislador fue solo entregar hasta 300 hectáreas si las tierras asignadas sobrepasaban dicho límite entonces la comisión debía consultar con el Presidente de la República.
- 3) Se fijó el domicilio de las familias Mapuches, radicadas. Sedentarizando a un Pueblo que hasta entonces era seminómada.
- 4) El Lonko pasó a convertirse en un intermediario entre las comunidades indígenas y el Estado.
- 5) El desalojo de las comunidades Mapuches en especial de aquellas que habitaban en la zona norte de la ciudad de Cautín tuvieron que emigrar a Argentina.

Con la terminación del proceso de Radicación, vino entonces la instauración de una nueva política y un nuevo proceso, que buscaría conseguir el objetivo final del Estado, la terminación de la propiedad comunal de los Mapuches. Desde el año 1927 en adelante la aplicación de las llamadas “divisiones” y políticas asimilacionistas contribuirán al logro del objetivo trazado por los Estado y que pasamos a revisar a continuación.

Pero éste es solo el comienzo de la historia de despojos y contiendas. Los títulos de merced eran “inenajenables”, la legislación chilena no ha permitido en momento alguno la venta de un título de merced.

Si bien, no existe la forma jurídica válida que autorice a alguien apoderarse de esas tierras, las ideas de la oligarquía estatal no se agotaron en la ocupación del sur con colonos que hicieran producir la tierra para expansión económica. Se consideraba que el “problema indígena”, bajo el paradigma de conflicto y oposición entre civilización y barbarie, tendría solución con el cambio y “*división de la propiedad comunal a propiedad individual*”.⁸³ Esta resolución y su consecuente puesta en práctica mediante medidas legales concretará una operación clave de la colonización del derecho occidental sobre el pueblo Mapuche: La inmunización de su vida en comunidad, es decir, la vida en comunidad del Pueblo Mapuche fue impedida e interrumpida, mediante la asignación de los derechos que establece la propiedad privada, desde ahora en adelante en estas comunidades comenzaran a carcomerse los vínculos solidarios dando paso a los intereses

15. DIVISIÓN DE LAS COMUNIDADES POLÍTICA ASIMILACIONISTA (1927-1970)

A partir de fines de los años 20, la política indígena impulsada desde el Estado tuvo un cariz claramente asimilacionista, durante estos años las organizaciones indígenas jugaron un rol esencial convirtiéndose en importantes actores sociales y políticos, intentando influir en la definición de las nuevas normativas dictadas en relación a la división de las comunidades y a la recuperación de las tierras usurpadas.

En este periodo por parte del Estado se buscará erradicar definitivamente la concepción comunitaria que el pueblo Mapuche tenía respecto de su propiedad

intentando instaurar el sistema individualista de este derecho logrando así el objetivo que siempre se había tenido en mente en años anteriores.⁸⁴ Durante esta etapa se viene a afianzar la concreción definitiva de la instauración de la propiedad privada en las tierras indígenas Mapuches.

El año 1927 se dicta la Ley N° 4169 que viene a crear un Tribunal en la ciudad de Temuco, con el fin de promover la división de las comunidades, división que podía ser solicitada por cualquier integrante de la comunidad. Con esta ley se viene a promover también el traspaso de las hijuelas restantes de la división a particulares siempre que el adjudicatario hubiere cumplido con la instrucción primaria obligatoria, o cuando sus hijos y cónyuge supieran leer y escribir o en el último de los casos solicitando autorización judicial⁸⁵.

Con esta ley se buscará conciliar los objetivos de las políticas indigenistas del Estado con los objetivos económicos fiscales del mismo, en orden a liberar estas tierras de todos litigios legales que impidiesen el proceso de inversión en el campo, garantizando de esta manera tranquilidad en los futuros inversores de esta zona.

En este proceso encontraremos la llamada Propiedad Austral, mediante la dictación del decreto ley N° 605 del año 1925 y el decreto Supremo N°1600 se concluyó el proceso del deslindamiento de las propiedades fiscales y particulares.

A través de esta propiedad se buscaba regularizar la propiedad de los particulares favoreciéndoles con normas absolutamente inconstitucionales, vulnerando el derecho de quienes representaban para el Estado solo un obstáculo a los intereses económicos sobre estas tierras. La división de las comunidades era indispensable para la instauración de la coexistencia del latifundio y minifundio y maximización de las riquezas que de éstas tierras se obtendrían.⁸⁶

Para el estudio de este importante proceso es necesario poder identificar los fundamentos que justificaron este actuar por parte del Estado.

El mensaje presidencial enviado por el ejecutivo al Congreso el año 1926 que vendría a dar inicio a esta serie de normas destinadas a concretar este proceso rezaba que: *“Los indígenas se han civilizado rápidamente y casi se puede decir que hay reducción alguna en la frontera donde no existían tres o cuatro o mas indígenas que no sepan leer ni escribir, que no hayan hecho su servicio militar y que desempeñen puestos públicos y muchos son también quienes ejercen profesiones liberales. Resulta cruel y extrañamente absurdo que individuos como estos capacitados, para la celebración correcta de de toda clase de contratos.”*⁸⁷ Sin duda alguna como puede verse en el fragmento de este mensaje la vinculación del Pueblo Mapuche a varias importantes instituciones chilenas, significó la bandera de lucha y más aún vino a constituir el fundamento de las políticas publicas en materias indígenas que tenía el Estado.

En base a estos fundamentos y las normas dictadas durante estos años se dividió un importante número de comunidades que hasta la fecha estaban constituidas producto de la radicación, del total de comunidades divididas entre los año 1931 y 1971 estas

ascendieron a un total de 832 lo que equivale al 28 por ciento del total existente dando origen a un equivalente 12.737 hijuelas de un promedio de 11 hectáreas cada una⁸⁸.

Dada la pobre legislación protectora de los derechos sobre las tierras de los Mapuches la división permitió la enajenación de las hijuelas de tierras resultantes de ella a particulares, durante los años 1943 y 1947 estas enajenaciones adquirieron una importante relevancia, al no establecer ninguna restricción para llevar a afecto a los contratos celebrados por los indígenas con estos particulares, según antecedentes del profesor José Aylwin en estos años mas de 100 hectáreas de tierras indígenas-Mapuches pasaron a manos de particulares.

Como consecuencia de lo anterior muchos de los particulares que habían adquirido el dominio “sobre las hijuelas resultantes del proceso de división fueron formando verdaderos fundos en tierras que eran parte, en ocasiones de títulos de merced”⁸⁹.

En el año 1961 en que se dictó una nueva ley que tenía como objetivo resolver jurídicamente el problema de usurpación de tierras. Lo más importante de esta norma es la creación de la categoría de “ persona particular”:

“Se tendrá por particulares a aquellas personas que reclamen derechos que no emanen directa o inmediatamente de un título de merced, ni la calidad de herederos que figuren de estos títulos”, es decir se le otorgó estatuto jurídico a los usurpadores. Lo que permitía esta ley es que a petición de cualquier demandante, fuera indígena o particular, se dividiera la propiedad territorial de la comunidad pasando a un régimen de propiedad privada, y se les entregaba títulos a indígenas y particulares⁹⁰.

En la práctica la vida en “comunidad” del Pueblo Mapuche, seguía manteniéndose, la división se llevaba a cabo en los papeles, pero con los alcances y las consecuencias de la política de inmunización de la vida en común llevada a cabo por el derecho privado. 1.000 reducciones dividieron sus títulos de merced, seiscientas de éstas fueron en las provincias de Arauco y Malleco que entre ambas sumaban el 12% del total de las reducciones.

Estos últimos territorios, en definitiva serán los más vulnerados, y es este despojo el origen de la mayoría de los conflictos de reivindicaciones de tierras que existen hoy en día en las Araucanía.⁹¹

El proceso que vendrá después traerá consigo alguna luz a la protección de las tierras perdidas por el pueblo Mapuche.

16. REFORMA AGRARIA 1970-1973

La dinámica político social, que gobernó en Chile a partir del año 1970 con la llegada del gobierno de la Unidad Popular tuvo importantes alcances sobre la política indígena, debido a la gran cantidad de población Mapuche en zonas de carácter rural.

El proceso de Reforma Agraria iniciado bajo el gobierno de Alessandri con la dictación de la ley del año 1962 se tornó más radical durante el gobierno de Salvador Allende, el reconocimiento cultural por parte del Estado de los pueblos indígenas, vino a

plantear por primera vez la necesidad de buscar soluciones a la inserción en la sociedad y participación efectiva en ella de estos pueblos.

Para esta época era indispensable la búsqueda de formulas que permitieran a la comunidad indígena recuperar los rasgos colectivistas que las caracterizaba antes de las leyes de división y la lógica de mercado hubieran empujado a los comuneros hacia la situación de propietarios individuales⁹².

La política indígena asimilacionista implementada por la unidad popular fue diferente a lo menos en cuatro aspectos de la que se hubiera tenido en años anteriores estos aspectos fueron los siguientes;

1. Con el gobierno de Salvador Allende se reconoció la existencia en el territorio de Chile de grupos culturalmente diferenciados.
2. Se reconoció al asunto indígena como un problema nacional
3. Se vino a reconocer la deuda histórica que tenía el Estado para con los indígenas.
4. Se reconoció la necesidad de discutir el tema de la participación autóctona.

Este reconocimiento de que los indígenas habían sido despojados de sus tierras, y discriminados durante décadas, fue lo que llevó a que el poder ejecutivo abriera las puertas para la legitimación de las antiguas reivindicaciones indígenas relativas a la escasez de tierras.

Las ideas plasmadas en los Congresos Nacionales Mapuches de los años 1969 en Ercilla y 1970 en la ciudad de Temuco fueron importantes a la hora de redactar el proyecto de ley que enviara el Ejecutivo al Congreso. En estos congresos se manifestó por parte de los movimientos indígenas la necesidad de reformar la ley del año 1961 para reincorporar en ella la remensura total de las reducciones y la redistribución de las tierras a sus comuneros que habitaban en estas reducciones.

Además se discutió la imperante necesidad de reforma en los métodos para la división que imperaba, considerando que era importante tomar en cuenta la opinión de estudios sobre la región de carácter multidisciplinario, y se solicitó además en estos congresos la recomendación de incorporar a la CORE Corporación de Reforma Agraria en el estudio de las decisiones de las comunidades indígenas y la formación de asentamientos indígenas en los fundos que fuesen expropiados por esta Corporación⁹³.

Con estos elementos en cuenta e incorporados en el proyecto del ejecutivo, después de varias e importantes enmiendas y discusiones, el proyecto el presidente Allende fue aprobado finalmente el año 1972.

Los aspectos fundamentales de esta nueva ley indígena que se condecían con el programa de reformas económico sociales de este nuevo gobierno reconoció la pluralidad cultural vino a sentar las bases político legislativas de una nueva forma de tratamiento jurídico de las comunidades indígenas.

Entre los principales objetivos que pretendía esta ley según el profesor José Aylwin eran;

1. Fortalecer a las comunidades indígenas
2. Establecer cooperativas indígenas

3. Establecimiento de mecanismos legales para la rápida y oportuna justicia que debían obtener estas comunidades.
4. Establecimiento de un aparato jurídico administrativo para la concreción del objetivo anterior.
5. Poner término al proceso de división e impulsar la recuperación de las tierras usurpadas a través de la expropiación.

Con el reconocimiento de pluralidad cultural en Chile, que se manifestaba en la ley, si bien esta no estableció la auto identificación como un factor que permitiera establecer la calidad de indígena, se logró, eso si, desvincular la definición de la identidad indígena de la pertenencia a zonas rurales, con lo anterior es que por primera vez el problema indígena recibía el tratamiento que siempre debió habersele dado, la *cuestión indígena* ahora era conocido para toda la nación, se le reconoció como un problema sociocultural y por tanto responsabilidad del Estado de solucionarlo⁹⁴.

Así las cosas, durante la breve vigencia de esta ley se lograron recuperar un poco más de 68.381 hectáreas de tierras indígenas. De acuerdo a los datos otorgados por la DASIN, Dirección de Asuntos indígenas el total de las tomas de terreno durante los meses enero y Diciembre del año 1971 ascienden a 40, el numero de tierras que se traspasaron a las comunidades indígenas durante este mismo periodo realizado por el CORA fue la suma de 56.455, a ello también es necesario agregar todas aquellas tierras que fueron recuperados a través de sentencias judiciales o avenimientos entre los particulares y las comunidades.

Los Mapuches recuperaron las tierras que habían sido usurpadas, o sea, aquellas que formaban parte de los títulos de merced que se habían entregado años anteriores a particulares amparados en la ley o bien por la ilegal apropiación de estos títulos (corridas de los cercos o a través de engaños).

En cuanto al desarrollo económico y social de los pueblos indígenas, en esta ley se lograría el cambio del sistema de tenencia y de la explotación individual de las tierras, ahora se utilizarían formulas mas cooperativistas y comunitarias de explotación de la tierra.

De acuerdo al autor Carlos Ruiz, el ultimo Ministro del Economía del Gobierno de la Unidad Popular José Cademártori , en su artículo *A treinta años del triunfo de la Unidad Popular*, este último hace una positiva evaluación de la problemática indígena en materias de tierras sosteniendo que el Presidente Allende promovió la primera ley que hizo justicia al pueblo Mapuche. Logrando este gobierno entregar a las comunidades indígenas 70.000 hectáreas, en contraste con solo 1.400 hectáreas de los gobiernos anteriores⁹⁵.

De acuerdo al estudio de lo logrado durante este gobierno se ha sostenido que las hectáreas recuperadas en 75.000.

Las 70.000 o más hectáreas que, *devolvió* el gobierno de Allende a las comunidades, y las 1.400 que restituyó e Frei (o sea, mil cuadradas, como cualquier merced de tierras aun conquistador en Chile central) deben compararse con los 10

millones de hectáreas que en total, desde 1967, la Reforma Agraria repartió entre los campesinos de todo Chile.

Cademártori agrega que la reforma agraria entregó estos 10 millones de hectáreas, “o sea casi la mitad de las tierras agrícolas, a 50.000 familias campesinas, beneficiando a unas 250.000 personas.”⁹⁶

El gran logro del gobierno de Allende en la problemática Mapuche fue haber recuperado un alto número de hectáreas para este pueblo, si bien, en su gobierno no se establecieron soluciones o alternativas de autogestión en para el desarrollo territorial de las zonas Mapuches, el gran avance que significó la recuperación y entrega de las tierras se vendría a perder con la contrarreforma del gobierno militar.

17. LA LIQUIDACION DE LA COMUNIDAD (1979-1990)

Luego del golpe de estado de 1973, podríamos hablar de un segundo periodo en que se extreman las políticas de división, usurpación y privatización, y de represión y aniquilación contra el pueblo mapuche que se condensan en un proceso marcado por un profundo carácter etnocida.

En 1979 se implantó en Chile el neoliberalismo, que también para el “problema indígena” traía su solución. El mercado regularía, y por tanto alcanzarían los intereses individuales su mayor plenitud, y el lugar privilegiado para las *políticas inmunitarias*.

El artículo 2.568 de 1979 permitía que la solicitud de división de una reserva la demandara un particular, y si bien, impedía la venta de tierras indígenas en un plazo de 20 años, no impedía su arriendo. Se había encontrado un resquicio legal, el camino jurídico para las transacciones de tierras indígenas con la argucia llamada “*arriendo por 99 años*”.

El arriendo a 99 años consistía en un contrato con engaño en que se arrendaban tierras mapuches por unos miles de pesos o televisores a cambio, sin que su dueño, casi siempre analfabetos, tuviera idea que estaba “vendiendo” su tierra, ya que seguramente no podría ir 99 años más tarde a reclamarla

La represión fue tan dura con los mapuche que, aunque la historia oficial no se ha ocupado mayormente de las violaciones a los derechos humanos sufridas por ellos. el “Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación” alude que las más grandes violaciones de derechos humanos en la Araucanía tuvieron un importante componente racista, y directa relación de coerción y persecución contra aquellos que habían participado en el proceso de la Reforma Agraria

La inspiración neoliberalista del nuevo gobierno militar llevaba como consigna el hacer de nuestro país un, país de propietarios.⁹⁷ Con la dictación de los decretos leyes N° 2.568 y 2750 se buscaba modificar sustancialmente la ley 17.729, con ello se buscaría erradicar y eliminar definitivamente las comunidades mapuches, buscando concluir el proceso de división de estas comunidades que se había llevado según tratamos anteriormente. En los referidos decretos leyes se intentó trasladar e implantar en las

comunidades Mapuches conceptos propios de la estructura neoliberalista de este gobierno.

La aplicación de este modelo ideológico suponía necesariamente la liberación de las tierras, el traslado de las empresas e instituciones del Estado a manos de privados, y la inexorable apertura al comercio exterior, todos estos fenómenos contribuyeron al fortalecimiento de las empresas, consecuencia de ello, es que el creciente poder empresarial comenzó a adquirir rápidamente las tierras pertenecientes a las comunidades a través de compras, y de la figura del arrendamiento hasta por el plazo de 99 años.

Durante este periodo la dicotomía sustentada desde la independencia en adelante, entre el Estado Chileno y el Pueblo Mapuche se hizo sentir con mas fuerza en esta época, el centralismo y el reconocimiento de las autoridades estatales como único centro político y cultural y unido al reconocimiento que se establecieron en las normativas dictadas por el gobierno militar de que en Chile solo existían Chilenos y por tanto era necesaria la eliminación de los Mapuches, por constituir un elemento disociador del orden geopolítico⁹⁸ que afectaba gravemente la unidad del país.

En materias de tierras indígenas y en el tema que nos ocupa las indígenas la normativa del decreto ley N°2.568 vino a definir las tierras indígenas como las concedidas;

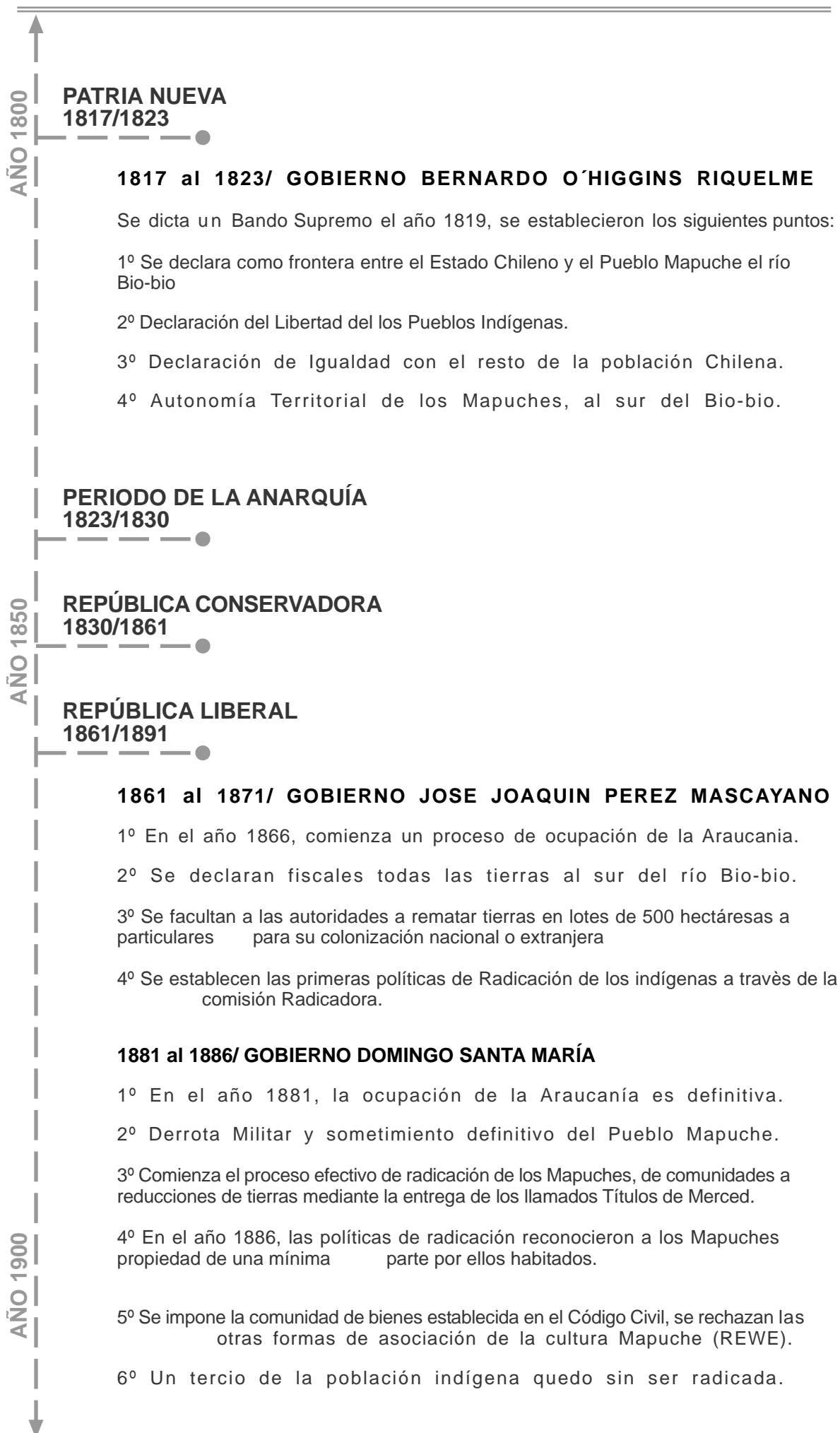
- 1.- A titulo de Merced de conformidad a la Ley del 4 de diciembre del año 1866, del 4 de agosto del 1874, y 20 de enero de 1883 solo mientras permanecieran en estado de indivisión.

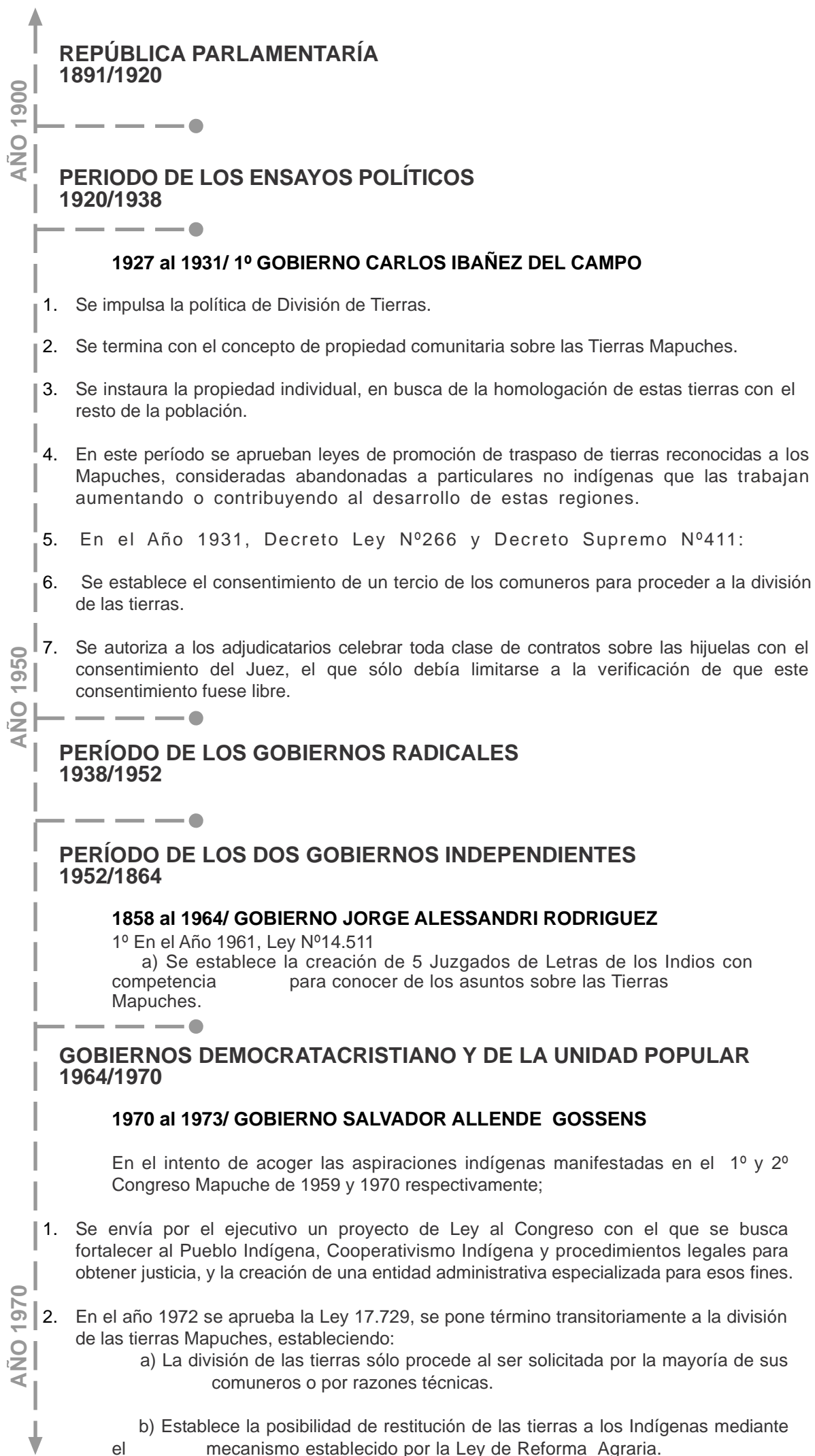
2. Mediante títulos de dominio de acuerdo a lo establecido en los articulo 4°, 14° de la ley 4169, 13°, 29° y 30° de la ley 4.802, 70° y 74° del decreto supremo 4.111, articulo 82° y 84° de las ley 14.511, la ley 16.436 y todas las modificaciones legales que hubieren regulado o modificado mientras estas tierras estuvieran indivisas.

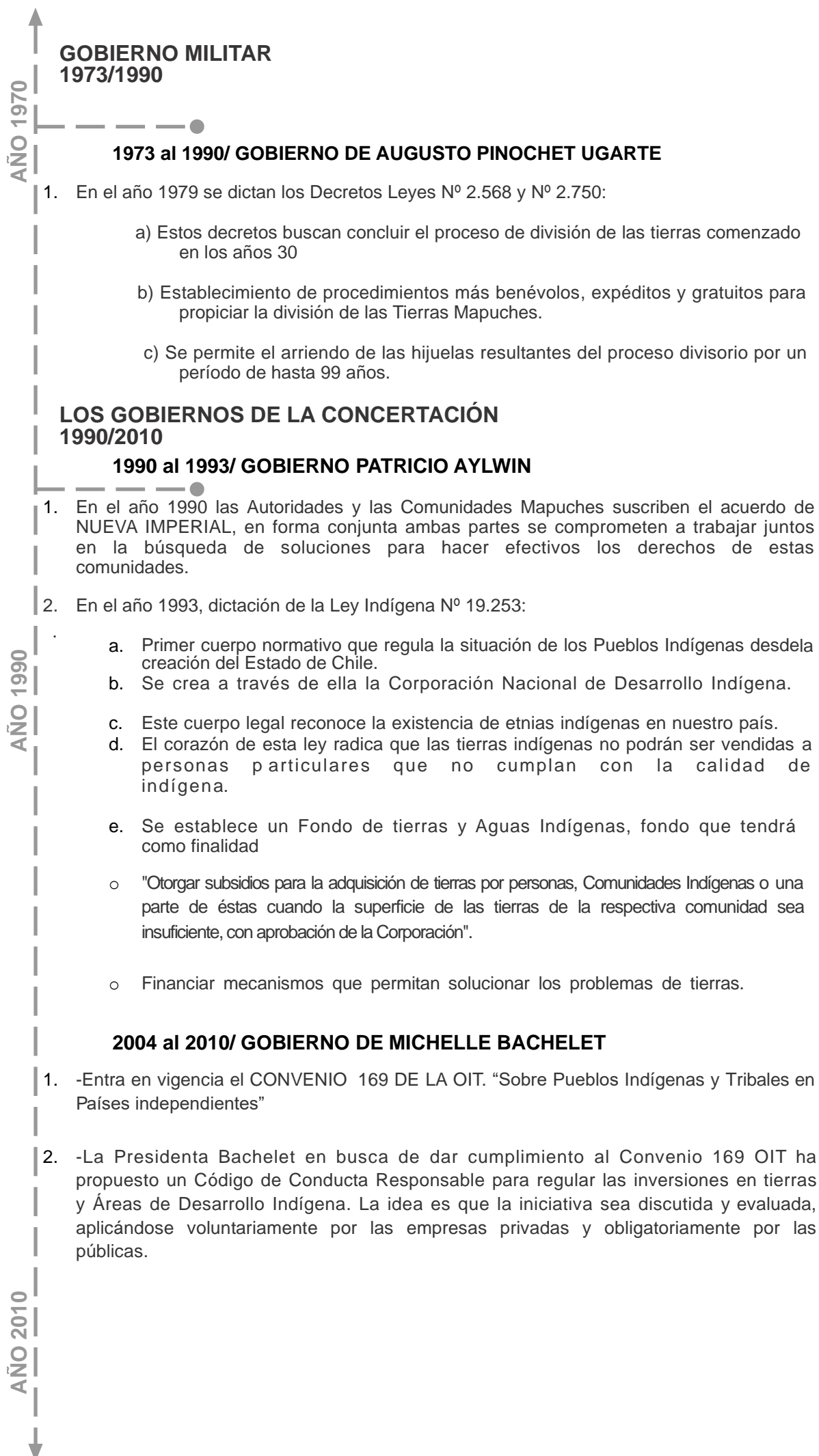
Lo que buscaban estos decretos era lo siguiente según la Autora Mylene Valenzuela :

1. Terminar con la discriminación entre Chilenos y Mapuches
2. Eliminar la propiedad Mapuche a través de la solución del conflicto indígena través de la regularización y saneamiento de la tenencia individual de las tierras Mapuches.
3. Incluir los minifundios Mapuches a los procesos de productividad nacional.
4. Asimilar definitivamente a los Mapuches y los Chilenos.

18. CRONOLOGÍA LEGISLATIVA Y POLÍTICA DEL ESTADO CHILENO APLICADAS AL PUEBLO MAPUCHE DESDE 1819 AL 2000







CAPITULO IV:

HACIA UNA SOLUCION DEL CONFLICTO MAPUCHE

*“La ficción de la legalidad amparaba al indio;
la explotación de la realidad lo desangraba.
Como los dioses vencidos persistían en sus memorias,
no faltaban coartadas
santas para el usufructo de su mano de obra
por parte de los vencedores:
los indios eran paganos, no merecían otra vida.
Los que aún vivían se veían obligados a pagar tributos por los muertos.
La sangría del Nuevo Mundo se convertía en un acto
de caridad o una razón de fe.
Junto con la culpa nació todo un sistema de coartadas para
las conciencias culpables
Los indios han padecido y padecen -síntesis del drama de toda
América Latina-
a maldición de su propia riqueza”.*

Fragmentos extraídos del Libro “Las Venas abiertas de América”

19.- ANTECEDENTES Y ANÁLISIS DE LA LEY INDÍGENA

Con el retorno a la democracia se comienza a generar una etapa que está marcada por las expectativas de la promesa democrática y por un movimiento social Mapuche fortalecido y que tiene demandas territoriales y políticas concretas⁹⁹.

Con la celebración de el pacto de Nueva Imperial entre los pueblos indígenas y el gobierno de la concertación, este último asumió un doble compromiso: por una parte, debía llevar la propuesta al parlamento de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, ley indígena y comisión de participación indígena; y por la otra parte, resolver todos los conflictos por la vía institucional.

Tras dilatadas discusiones la ley indígena finalmente fue aprobada, sin embargo fue hecha por chilenos y finalmente no se logró la reforma constitucional ni las principales demandas de los pueblos comprometidos.

Sin embargo y bajo la lógica de esta nueva ley los nuevos derechos indígenas iban a actuar bajo las mismas lógicas inmunitarias que han venido afectando históricamente a las comunidades Mapuches, regulándolas y unificándolas jurídicamente por el principio de común separación: *“sólo es común la reivindicación individual, así como la salvaguarda de lo que es privado constituye el objeto del derecho público”*¹⁰⁰.

El año 1990, el gobierno de Patricio Aylwin creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), dicha comisión tendría como principal tarea elaborar un proyecto de ley indígena. Tras largos y muy intensos debates, el proyecto de ley indígena fue aprobado por el parlamento, no sin antes haber introducido este poder considerables modificaciones.

Con la ley 19.253 se estableció que las tierras indígenas no podrán ser vendidas a personas no indígenas, esta protección es lo central de la legislación. Pero cuando se diseñaba la ley en torno a la discusión de los megaproyectos “de interés nacional”, no se establecieron mecanismos de resolución de conflictos, y se instituyeron una serie de procedimientos de consulta y aceptación para la *permuta* de tierras, que tendrían que ser aprobadas por los indígenas propietarios y la CONADI.

Siguiendo pues la línea de este trabajo en torno a las propiedad inmueble del pueblo Mapuche, analizaremos los principales aspectos de la ley nº 19.253 promulgada en 1993, y que rige hasta la fecha las relaciones entre el Estado chileno y las “etnias” indígenas en esta materia al respecto es importante tener en cuenta las siguiente ideas;

1. La nueva normativa reconoce la existencia de etnias indígenas en el territorio nacional. A semejanza de la ley de 1972, desvincula la definición del indígena de la radicación en tierras indígenas, integrando elementos culturales y de descendencia.

2. Se establece que el Estado valora la existencia de las etnias indígenas por ser parte esencial de las raíces de la Nación Chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores” , esta ley vino a reconocer el pluralismo cultural en Chile.
3. Se establecen mecanismos tendientes a proteger las tierras indígenas creando un Fondo de Tierras y Aguas con el fin de adquirir tierras para personas o comunidades.

Según el estudio efectuado por el profesor Gonzalo Carvallo el título II de la ley 19.253 denominado “Del reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas” constituye el corazón de esta ley Indígena, y de ella es posible concluir que las tierras mencionadas en los números 1, 3 y 4 se refieren a aquellas tierras que se encuentran amparadas por títulos cuyo origen se encuentra en la ley, por tanto es posible constatar que el legislador en el número 1 de este artículo establece lo que se considerará como “tierras indígenas”.

En efecto, se señala en el artículo 12 N°1 que *“son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos”* e indica una serie de títulos que tiene su origen en la ley emanada del Estado.

Por su parte el artículo 12 número 2, dispone que en aquellas tierras amparadas por un título indígena que se fundamentan en la posesión, ocupación y uso tradicional e históricamente han hecho de ellas los pueblos indígenas y que sería regido por la costumbre o derecho indígena.

Este artículo establece: *“Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades Mapuches, aymaras, 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.”* Es decir, en este caso las tierras indígenas sólo lo son por el ministerio de la ley y para tal efecto, deben ser inscritas en un Registro Público de Tierras Indígenas.

En definitiva en este caso, “la ocupación y posesión histórica por parte de las comunidades o personas indígenas, debe ser calificada por la CONADI previa solicitud de inscripción.

Que el título sea inscrito encaja perfectamente con nuestra tradición de escrituración del título. La doctrina y la jurisprudencia han señalado que la posesión a la que se refiere el artículo 12 se refiere a las reconocidas por nuestro sistema jurídico, en este caso, posesión actual inscrita.

Refiriéndose a los Mapuches, se ha dicho que “a la luz de los numerales del artículo 12, no se protege lo que fue el territorio Mapuche, sino aquello a lo que, por una política del Estado, fue siendo sistemáticamente reducido”.¹⁰¹

Como se ha señalado precedentemente el 2º numeral del mencionado artículo 12 referida a la posesión de los pueblos, en el caso particular de los Mapuches, hasta mediados del siglo XIX este pueblo "ocupó soberanamente un territorio extenso, entre la costa pacífica y la atlántica, desde el río Bío-Bío en el norte de Chile y en toda la pampa argentina hasta la actual provincia de Buenos Aires". La ley 19.253 se refiere a tierras que "históricamente han ocupado y poseen", lo que implica tierras respecto de las cuales los indígenas se encuentren en actual posesión o tenencia.

Esto último desconoce la tradición histórica de muchos grupos indígenas que no se asentaban en un lugar claramente delimitado sino que se desplazaban según sus requerimientos y necesidades de alimentación y supervivencia.

En definitiva, como el legislador ha determinado que las fuentes del título de propiedad indígena de una manera directa (N 1, 3 y 4 del artículo 12) o indirecta (N 2 del artículo 12), la legislación emanada del Estado, evidentemente, solo ha hecho primar su regulación del derecho común estatal. Por consiguiente, el Derecho chileno no reconoce el título indígena, cuya fuente es la ocupación y el uso histórico de las tierras y territorios.

De acuerdo con su derecho ancestral, es decir, el derecho heredado de sus ancestros, los pueblos indígenas son tenedores, ocupantes y poseedores de sus tierras y territorios. Estas tierras serían ancestrales para los indígenas pero no sólo en el sentido de aquellas respecto de las cuales ha habido reconocimiento de derechos de dominio por parte del Estado, a través del derecho histórico y vigente, a los indígenas como se sostuvo durante el período de discusión del proyecto de ley indígena -sino aquellas respecto de las cuales los indígenas tendrían un título anterior a la existencia misma del Estado e incluso anterior a la llegada del colonizador o conquistador y que encuentra su fundamento en el derecho propio indígena.

20.-POLÍTICA DE TIERRAS DEL ESTADO CHILENO Y EL FONDO DE TIERRAS Y AGUAS INDÍGENA (FTAI) EN LA LEY INDÍGENA.

La Ley de Desarrollo Indígena 19.253 de 1993 estableció en su artículo 21, el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (en adelante FTAI), que en materia de tierras tendría dos objetivos:

- a) *“Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, Comunidades Indígenas o una parte de éstas cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, con aprobación de la Corporación”.*
- b) *Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extra judiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes*

de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas.

Este es el marco jurídico chileno que tienen las comunidades y personas indígenas para solicitar la restitución o ampliación de sus tierras.

En relación a la operación de mecanismos de financiamiento que permitan solucionar los problemas de tierras, establece que las personas y/o comunidades que están afectadas, pueden recurrir a las dependencias de CONADI para obtener recursos que el Director de la misma deberá distribuir, en base a un informe jurídico-administrativo.

De esta manera, el Estado de Chile junto con negar los derechos territoriales y autonómicos de los pueblos indígenas, convierte a sus miembros en sujetos *capitis diminutio*, que no pueden ejercer plenamente sus derechos políticos ni enajenar libremente sus “*bienes económicos*”.

Gestión del FTAI

Según antecedentes de CONADI, la gestión del FTAI en la compra de tierras en virtud de la aplicación del artículo 20 letra (a) y (b) entre 1994 y junio del 2006, representa el 65% del presupuesto total de CONADI, a su vez los programas de Tierras significan el 82% de la inversión total del FTAI.

Cabe señalar que solamente las tierras adquiridas mediante el artículo 20 letra b corresponderían a “*tierras incorporadas al patrimonio indígena*” que implican la ampliación propiamente tal de la superficie de los indígenas. Respecto de las tierras compradas con subsidios según el artículo 20 letra (a), es necesario distinguir aquellas compradas en tierras indígenas de aquellas adquiridas en tierras no indígenas.

En el caso de las tierras fiscales traspasadas y del programa de saneamiento de la propiedad indígena, no se trató de adquisición de “*tierras nuevas*”, sino de la regularización y titulación de una propiedad que ya era indígena. La gestión por parte del Fondo de Tierras y Aguas en lo que respecta a las compras, traspasos y saneamientos de tierras en beneficio de comunidades indígenas en las regiones VIII, IX y X es en el período 1994 – 2006. **(Ver Anexo N°3)**

21.- CÓDIGO DE CONDUCTA EN ZONAS INDÍGENAS.

El gobierno ha hecho pública una propuesta de Código de Conducta Responsable para regular las inversiones en tierras y Áreas de Desarrollo Indígena. La idea es que la iniciativa sea discutida y evaluada, aplicándose voluntariamente por las empresas privadas y obligatoriamente por las públicas.

El código comenzó a regir desde el 15 de septiembre 2009 en busca de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos de las personas y comunidades indígenas frente a los potenciales impactos económicos, sociales y culturales de

eventuales proyectos en "sus tierras".

El referido Código de conducta busca dar efectividad y cumplimiento al Tratado sobre pueblos indígenas y viene a establecer un conjunto de normas y reglas que definen los estándares mínimos para la correcta y responsable gestión en los proyectos de inversión que se localicen en tierras y áreas indígenas.

Este Código trae consigo serios cuestionamientos y avisos de alerta al proceso de certificación propuesto por cuanto al crear un organismo paralelo a la CONAMA podría tener un efecto nocivo tanto sobre los indígenas como sobre las inversiones en zonas indígenas.

Al cumplir con el proceso señalado en el código, se viene a crear una institucionalidad especial y por lo tanto paralela a la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) y a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

Se basa en un Consejo Nacional de Certificación el cual será un órgano público dependiente de Ministerio de Planificación, compuesto por siete integrantes. Cuya función principal será certificar los proyectos de inversión que se desarrollen en zonas indígenas y su renovación periódica. Además, se contará con un Registro Nacional de Veedores el cual dependerá del Consejo.

El proceso de Certificación se inicia con una consulta a las Comunidades Indígenas afectadas, la que se materializa en una mesa de negociación entre aquellos que quieran realizar el proyecto de inversión y las Comunidades, si las negociaciones son exitosas se elabora un documento de acuerdo o consentimiento que es evaluado por un veedor y por el Consejo Nacional de Certificación

Una vez otorgadas las certificaciones, deben ser ratificadas cada tres años, proceso en el cual las comunidades indígenas vuelven a tener participación. **(Ver Cuadro Anexo N° 4).**

El Código que ha sido planteado por el Gobierno como un "conjunto de reglas que definen los estándares mínimos de una gestión responsable de proyectos de inversión que se localicen en tierras indígenas y Áreas de Desarrollo Indígena", ha prendido varias luces de alerta por el proceso de certificación que propone y por el efecto que podría tener tanto sobre los indígenas como sobre las inversiones en zonas indígenas.

El código de conducta para muchos como para las propias autoridades de gobierno es un elemento de vital importancia para el cumplimiento del Convenio. Sin embargo, para otros este código más que dar cumplimiento a una obligación internacional, lo que se está promoviendo es una agenda político electoral al amparo del Convenio.

El objetivo de esta propuesta busca fomentar proyectos de inversión en las zonas indígenas, en las se exhiben niveles de pobreza rural superiores al 20%.

Al ser un código obligatorio, ya no se trataría de Responsabilidad Social Empresarial, este modelo de gestión es voluntario, lo interesante es que su utilización

está respaldado por la norma ISO 26000, la cual también será voluntaria para aquellas empresas que deseen implementarla.

Los contenidos del CCR pretenden sentar una base para la discusión pública y posterior redacción de la norma definitiva. Sin embargo, las iniciativas sugeridas, por su radicalidad, bien pueden exacerbar las expectativas de los grupos beneficiados por su entrada en vigencia. Si estas aspiraciones finalmente no son recogidas, ello podría causar frustración y alimentar resentimientos, sobre todo en una zona tan conflictiva como lo es la Región de la Araucanía.

El código al establecer que los nuevos proyectos en las zonas indígenas deben realizarse en cooperación de las comunidades afectadas. Esto significa que la única manera de evitar la conflictividad en estas zonas es negociar con los indígenas para obtener la respectiva aprobación de los proyectos, si embargo, cabe tener en cuenta que la paz social, estaría entonces, alcanzada.

En todo caso plantear este último enfoque solo nos haría considerar que la forma de preservar y solucionar el conflicto de las tierras Mapuches debiera ser entregada a la negociación directa, sin embargo esta solución sería a lo menos incompleta para una definitiva solución del problema, junto a ello siempre serán necesarias e indispensables otros factores de carácter político, económicos y social para una verdadera solución.

22.-ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA APLICACIÓN DE LA LEY ANTITERRORISTA A LAS REIVINDICACIONES TERRITORIALES MAPUCHE

Al final de los años noventa, a raíz del caso Ralco, el conflicto Mapuche alcanzó una etapa crítica en su desarrollo. Durante este periodo, producto del cúmulo de protestas sociales, se llegó al límite del quebrantamiento del orden público con la realización de acciones de violencia las que se tradujeron en la quema de fundos, casas habitacionales, maquinaria y medios de transporte asociados a la explotación forestal.

Por su parte frente a este nuevo escenario de grave conflictividad social, el gobierno chileno forzado por la gran presión ejercida por los mas importantes sectores económicos de la región afectada, vino a establecer el diseño de una política penal muy particular que sin considerar de modo alguno las causas sustanciales del conflicto Mapuche vino a perseguir masiva y criminalizadamente a los responsables de las protestas interviniendo directamente en la vida de las comunidades Mapuches.

Del análisis efectuado en el informe elaborado por la Federación Internacional de Derechos Humanos y de otras instituciones de carácter internacional, esta política penal condujo en la práctica que habitualmente se comenzaran a procesar y encarcelar a un importante número de miembros de comunidades *Mapuches*.

En la fase más conflictiva, la política penal chilena condujo a la aplicación de legislación penal especial, como la Ley de Seguridad Interna del Estado o la Ley Antiterrorista.

La aplicación de la legislación antiterrorista a la protesta *Mapuche*, ha sido objeto de una preocupación creciente de la opinión pública y observadores internacionales, esto ha llevado a graves denuncias en la trasgresión de las garantías de los condenados y procesados con esta ley.

El informe de la FIDH (federación internacional de Derechos Humanos) también ha hecho sentir su preocupación, ofreciendo a través de este instrumento jurídico un análisis de la aplicación de esta ley a la luz de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por nuestro país¹⁰².

En resumen el informe de la FIDH concluye que la aplicación de la ley terrorista es desproporcionada a las acciones de la protesta social, con su aplicación ha conducido a vulneraciones del derecho al debido proceso y a un juicio justo en estos casos:

Esta vulneración de los derechos humanos se ha producido en varios casos de la aplicación de la ley antiterrorista, que han conducido a sentencias condenatorias en actos de la protesta social *Mapuche*.

A través de un somero análisis, de la aplicación de la ley terrorista, es posible decir que en la mayoría de estos casos, no se ha logrado probar actos de violencia o amenaza contra la vida o la integridad física de las personas, sino, que en el mayor de ellos estos atentados han sido mayoritariamente contra la propiedad privada.

Los proyectos que han producido violaciones de los derechos a la tierra de las comunidades *Mapuches*, los reclamos de tierras ancestrales indígenas que han pasado a manos privadas en el pasado a través de procedimientos considerados ahora ilegítimos bajo el régimen internacional de protección de los derechos indígenas, son demandas que no debieran ser criminalizadas bajo ningún pretexto bajo la óptica terrorista.

Estos actos, independientemente de su carácter ilícito, y sin el ánimo de negar los importantes perjuicios materiales y morales sufridos por las víctimas de estas protestas, y la consideración de las mismas las mismas, no por ello pueden los Mapuches ser considerados como terroristas, sin violentar los criterios de proporcionalidad que fundamentan el principio de legalidad.

El informe de la FIDH señala entre las causas que permitieron la vulneración de las garantías de los condenados se debe a la existencia de serias fallas técnicas en la Ley Antiterrorista. Según el informe, las condenas de líderes, se debe a una definición excesivamente amplia de este tipo penal en la legislación antiterrorista chilena, "que deja la puerta abierta para un uso excesivo de esta legislación por las autoridades".

Al respecto La FIDH en la materia hace las siguientes recomendaciones:

1. El Estado chileno debe adoptar "las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que permitan la pronta libertad de las personas Mapuches que han sido condenadas injustamente y de manera desproporcionada en virtud de la Ley 18.314, y buscar fórmulas para reparar a los condenados"
2. Asimismo, el informe recomienda la adopción de "mecanismos jurídicos que permitan la revisión de las sentencias en casos de condenas firmes donde se identifiquen factores de hecho o de derecho que permitan una nueva valoración de la responsabilidad penal de los condenados, como en los casos de aplicación de la Ley Antiterrorista.

Las conclusiones del informe de la FIDH son sola algunas de una toda una serie de pronunciamientos y recomendaciones que han hecho otros organismos oficiales de Naciones Unidas y otras no gubernamentales en torno a la aplicación de la legislación antiterrorista en el contexto de la protesta social *Mapuche*, esto es una clara y manifiesta señal seria preocupación internacional frente a esta situación.

23.-ALGUNAS RECOMENDACIONES AL ESTADO CHILENO EN MATERIAS DE TIERRAS

La occidentalización territorial de las tierras indígenas, entendida como la irrupción de los lazos ancestrales entre los indígenas y sus tierras, a través de demarcaciones limítrofes de ellas, es lo que ha llevado a la grave situación actual de este pueblo.

Por otra parte, el hecho de que el pueblo Mapuche haya sido reducido en sus espacios territoriales, enajenándose de sus tierras ancestrales, ha contribuido a una pérdida importante del patrimonio cultural de este pueblo, obligando a establecer alguna forma de estructuración político.-jurídica que permita mitigar los efectos nocivos de las políticas indígenas hasta la fecha.

En opinión de algunos autores y de acuerdo a la disparidad de enfoques que pueden darse en torno a las posibles soluciones a este conflicto, intentaré transversalmente reproducir las diferentes posturas dadas por ciertos organismos, instituciones o algunos autores;

Para el Instituto Libertad y Desarrollo lo primero que debiera reconocerse por parte del Estado es que el conflicto Mapuche no debe enfocarse ideológica y dogmáticamente, pues si así fuera esto significaría destruir las bases de la institucionalidad nacional, y además porque dicho enfoque no sería útil para la resolución del problema¹⁰³.

Lo segundo, para la mencionada Institución el otorgar autonomía a las comunidades indígenas significaría que el Estado estaría reconociendo explícitamente

que nuestro país no posee una estructura unitaria, permitir la República independiente de Arauco implicaría el reconocimiento de que Chile no es un solo país.

Además la admisión de la existencia de una deuda histórica traería consigo una serie de implicancias de carácter conceptual y práctico, pues si se intentara restituir el valor de las tierras que fueron perdidas, una estimación global permite concluir que estas son equivalentes a 1,5 millones de hectáreas adicionales a las que hoy están en manos de las comunidades. Ello equivale a unos de US\$ 2.500 millones.

Para la solución de lo anterior sería necesario mantener un sistema de compra permanente de tierras para satisfacer la demanda de las comunidades. En efecto si se piensa que la CONADI gasta unos \$11.000 millones anuales en adquisición de tierras y derechos de aguas, el proceso de recuperación de tierras tomaría a lo menos 100 años.

La asignación de recursos para afrontar el conflicto es necesaria, para fomentar y otorgar a las comunidades Mapuches herramientas necesarias para su subsistencia económico social inversión en capital humano redes de integración comercial entre otras, es indispensable, esto unido a la revisión la legislación actual, a fin de conseguir una mayor flexibilidad en el tema de la propiedad.

Frente a estas afirmaciones esta entidad sostiene que para las posibles soluciones a los temas no son auspiciosas.

Por su parte La Federación Internacional de Derechos Humanos en su informe 456 del Año 2008¹⁰⁴ manifiesta una constante preocupación por la materia en nuestro país. En tanto ha manifestado algunas recomendaciones como las mencionadas a continuación;

- a. En relación con la legislación antiterrorista y su aplicación, proponen la necesidad de un avance en el menos tiempo posible conducente a modificar esta ley, rectificando los delitos imputados y la revisión de las penas de los presos Mapuche condenados por delitos terroristas y la consecuente libertad para los condenados.
- b. Además hacen hincapié en una necesaria reparación para las personas condenadas injusta y desproporcionadamente por delitos de terrorismo por las violaciones a sus derechos humanos, avanzando en la búsqueda de una solución amistosa en los procedimientos en curso ante la CIDH en relación con estos casos, en relación con los estándares internacionales
- c. Una vez ratificado el Convenio N° 169, el Estado Chileno debiera impulsar la revisión del marco legislativo e institucional vigente en relación con los pueblos indígenas para asegurar su conformidad con las disposiciones del Convenio N° 169.

- d. Asegurar la disseminación del Convenio N° 169 entre las autoridades públicas a todos los niveles, así como entre los miembros de los pueblos indígenas del país.
- e. Poner término a todo tipo de represión y criminalización y de toda asimilación a de terroristas de los dirigentes Mapuches que defienden los derechos de su comunidad,
- f. Conforme a la Declaración de los defensores de los derechos humanos, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998.
- g. Respetar y hacer respetar en todo el país la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, particularmente el deber de los Estados partes de garantizar el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia.
- h. Garantizar que los pueblos indígenas puedan ejercer de manera real sus derechos políticos establecidos en el artículo 23.1.b de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo al derecho de los indígenas a "participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos", según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Mayagna vs. Nicaragua.
- i. Respetar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y todos los instrumentos internacionales ratificados por Chile.

Según el autor Domingo Namuncura para la solución del conflicto Mapuche lo primero que el Estado Chileno debía hacer es;¹⁰⁵;

- a) El planteamiento de una reforma constitucional, única en su género en la historia de Chile, destinada a posibilitar el acceso de representantes indígenas al Congreso (senadores y diputados) y la presencia de sus representantes directos en aquellos concejos municipales de comunas donde haya una significativa presencia de población indígena.
- b) El diseño de una política estatal para la superación de la pobreza material y la marginación económica en que se encuentran sumidas la gran parte de nuestros pueblos originarios, ella es una de las tareas de nuestra democracia. La superación de la marginación política y la exclusión de los ámbitos de decisión es el punto culminante es una tarea democrática nacional que permitiría saldar la deuda histórica acumulada.

24. REFERENCIA A OTROS PUEBLOS INDIGENAS EN CHILE. PUEBLO AYMARA Y PUEBLO RAPA NUI.

A. PUEBLO AYMARA

Este pueblo andino, desde tiempos inmemorables ha ocupado diferentes sectores desde las orillas del lago Titicaca, pasando por el altiplano Boliviano, noroeste de Argentina, en Chile ocupa principalmente la zona comprendida entre la primera región de Tarapacá y la segunda región de Antofagasta.

Durante la conquista española en los siglos s XVI-XVII, el pueblo Aymará fue afectado por una serie de graves consecuencias para la subsistencia de su cultura. En esta época las campañas de erradicación de idolatrías amenazan con destruir toda el sistema religioso y cultural de esta importante cultura¹⁰⁶.

Después de la guerra del Pacífico el año 1879, con la anexión de Tarapacá, por parte de Chile, se comienza a gestar un proceso de incorporación sistemática de este pueblo a la sociedad Chilena en el plano económico, social, político, entre otros. Nunca antes, ni siquiera en el periodo de dominación Incaica (quienes respetaron identidad histórica y cultural), se vio tan amenazada la cosmovisión, y la existencia efectiva del pueblo Aymará, como en el periodo de Chilenización.

Fue solo su distribución espacial en diferentes “pisos ecológicos” y el intercambio que entre ellos se produce, lo único que permitió y que aún permite que la cultura Aymará sobreviva¹⁰⁷.

Durante la época del gobierno militar, la cultura Aymará fue irrumpida por un ardid ideologizante que intentaría manipular los elementos de la cosmovisión en pos de sus intereses políticos.

El gobierno, aquel entonces, sin escrúpulo alguno realizó una manipulación ideológica de los elementos de la cosmovisión Aymará como una forma de control, referida a las ansias de dominación de los pueblos, como la preservación de intereses político-económicos.

La irrupción por parte de las políticas Chilenas de demarcación territorial, significó la ruptura de relaciones ancestrales entre los Aymaras que viven en Chile y los que viven en Bolivia. Estas relaciones no significaban solamente una pérdida económica, sino principalmente una interrupción en el influjo cultural que podían brindar zonas culturalmente jerárquicas.

En el plano de la legislación, este pueblo se ha visto muy desfavorecido, dado que no se les ha otorgado títulos de propiedad de su territorio, lo cual puede haber producido graves consecuencias¹⁰⁸.

El problema principal, hoy en día, la constituye la privatización y pérdida de sus aguas ancestrales en virtud del código de aguas (DFL N° 1.222) dictado por el régimen militar en 1981. Esto trajo consigo la pérdida de elemento vital de este pueblo, con el

cual realizaban sus riegos, además del éxodo de este pueblo indígena a las ciudades urbanas, con su consiguiente proceso de transculturación y aculturación.

B. EL PUEBLO RAPA NUI

Rapanui es el nombre con el que los “pascuences” denominan su lengua, su tierra y a ellos mismos. El hombre y la tierra constituyen una sola unidad.

A la llegada de los primeros Europeos en los años 1722- 1862 la isla Rapanui se convirtió en un lugar de abastecimiento para los barcos, por vía de los intercambios de especias y bienes.

En 1888 comienza la intervención Chilena, después de sus conquistas en la guerra del pacífico, Chile decide anexar a sus dominios la colonia Rapanui, que hasta ese momento había estado bajo la protección del gobierno Francés. Este ardid estuvo a cargo del capitán Policarpo Toro Hurtado¹⁰⁹. En un comienzo del periodo Chileno se inicia el establecimiento de colonos en la isla lo cual no tuvo mucho éxito.

El proceso de Chilenización para los Rapanui se vivió y se vive hoy en día, como la pérdida del control del destino, consecuencia directa de la pérdida del control de su tierra.

En 1933 Chile se hace dueño de las islas y su administración, y sólo en 1966 el pueblo Rapanui adquiere derechos ciudadanos.

A partir de 1973 las autoridades de la isla son designadas por el estado Chileno negando cualquier representación Pascuence, o sea, la pertenencia de su territorio está condicionada a la adopción del sistema de vida Chileno en particular y extranjero en general. Todas estas imposiciones socio-políticas se manifiestan en un aparente proceso de aculturación¹¹⁰.

La relación que hoy guarda el Rapanui con su tierra no está basado en una posesión, sino más bien en una disposición, una utilización temporal, siendo la tierra no un bien estático y permanente, sino una mercancía.

En la medida en que el Rapanui mantenga el control de su tierra, continuarán controlando su destino, he ahí el fundamento de la revitalización del consejo de ancianos que se erige en la defensa contra los atropellos que afectan a su pueblo.

25. CONCLUSION

A modo de conclusión podemos decir que nuestro país actualmente se encuentra frente a una oportunidad única para revisar sus políticas públicas en relación con los derechos de los pueblos indígenas.

El compromiso del Gobierno chileno por la protección de los derechos humanos; la movilización del movimiento indígena; y un contexto internacional favorable, ha ayudado a reflejar simbólicamente las aspiraciones de los pueblos originarios, en especial el de las demandas territoriales del pueblo Mapuche.

La falta de reconocimiento del título indígena de la forma que en el ámbito y según los estándares internacionales lo han establecido, o en la forma limitada que se ha reconocido en países anglosajones a través de sus jurisdicciones, hace necesario que en Chile se adopten medidas urgentes para lograr la superación de este conflicto territorial del pueblo Mapuche.

Para lograr un reconocimiento efectivo de los derechos territoriales creo que es necesario lograr una secularización del estatuto jurídico de la propiedad indígena del estatuto de la legislación civil, por cuanto exigir una posesión actual, real y efectiva y, segundo, una posesión inscrita significa desconocer el carácter comunitario, ancestral y la existencia de un título indígena sobre las tierras del Pueblo Mapuche.

Si en nuestro país se efectuara una interpretación conciliatoria entre los tratados internacionales ratificados por Chile y por tanto vinculantes para el Estado y los preceptos constitucionales y legales, además de tomar en cuenta las propuestas de los organismos internacionales, los pueblos indígenas estarían en condiciones de invocar su título indígena como antecedente legítimo de sus derechos sobre la tierra y territorios que han ocupado y utilizado desde tiempos remotos o más recientes.

Con lo anterior no significa restituir totalmente las tierras originalmente ocupadas por los pueblos indígenas, ello es impracticable por las razones que hemos reproducido a lo largo de este trabajo, pero sí es importante argumentar que los patrones jurídico-culturales contenidos en la ley Indígena N° 19.253, en lo relativo al título indígena, no se condicen con la tradición jurídica indígena y su costumbre, por cuanto esta normativa en sí misma sería errónea, pues la tierra, la costumbre indígena y su derecho es una manifestación cultural de los pueblos originarios, cultura que además es garantizada por el texto legal de la ley indígena y de los tratados internacionales ratificados por Chile.

Es necesario construir una política de tierras con la participación de los pueblos indígenas en los lineamientos y cursos de acción, para el adecuado y pleno ejercicio del derecho a sus territorios.

También se torna indispensable una reformulación de la política de tierras indígenas, sus objetivos y mecanismos. El Estado tiene el deber de atender a la

reclamación territorial indígena, ajustando sus prácticas de acuerdo a los estándares internacionales.

Es imperioso abandonar la concepción meramente económica de la tierra, de forma de orientar las políticas públicas en la materia, todo ello en busca de reconstruir la territorialidad indígena, como fundamento esencial para el correcto ejercicio de sus derechos como pueblos, sustituyendo el actual mecanismo, que solo genera inflación, especulación y con ello más conflicto y hostilidad en el territorio Mapuche, imposibilitando su solución, es importante crear una nueva herramienta jurídica que permita la pacífica y equitativa solución al conflicto territorial Mapuche.

En cuanto a la legislación antiterrorista, esta es un reflejo de la conciencia cada vez más amplia dentro de Chile de las contradicciones que existen entre esta legislación y los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados ratificados por el país. La revisión en profundidad de esta situación debería estar incorporada como una medida de carácter urgente.

Los pronunciamientos de los tribunales chilenos en torno a la incompatibilidad de algunas de los mecanismos previstos en la legislación antiterrorista con los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile ofrecen una importante base para dicha revisión.

En definitiva en el conflicto Mapuche es necesario voluntad política, tanto como para llevar a cabo la revisión que corresponda para ajustar sus políticas a parámetros internacionales que ya han solucionado este tipo de conflictos.

Una vez que todos los actores involucrados en el conflicto territorial Mapuche lleguen al consenso de la necesidad de revisar las políticas que hasta ahora solo han agravado y radicalizado aun mas esta situación, entonces podremos siquiera mirar con optimismo la relación con nuestro Pueblos Indígenas respetando en toda su esencia la tradición de sus costumbres y su patrocinio etno-cultural, tan indispensable para cualquier comunidad.

En síntesis es importante destacar la capacidad de estos pueblos originarios chilenos de lograr sobrevivir hasta hoy pese a todas las políticas con las que han sido dramáticamente afectados.

Tanto organizaciones extranjeras como agrupaciones indígenas chilenas, han logrado poner freno a los programas gubernamentales definiendo una nueva línea en el reconocimiento de la identidad y los derechos indígenas.

Así, pese a que toda la cosmovisión cultural de estos pueblos está en crisis por las constantes políticas externas de las que son objeto, así como por las diferencias al interior de ellas mismas, se presencia una sensación reetnificante con una nueva y fuerte voz que se alza y que promete el resurgimiento de estas importantes culturas.-











26. CITAS BIBLIOGRAFICAS

¹Séneca

² El Dr. Henri Lepage, periodista, graduado en el Instituto de Estudios Políticos de Paris, es autor de varios libros sobre comercio, capitalismo, liberalismo u autogestión. Pertenece al grupo de los jóvenes economistas franceses liberales, es miembro de la Sociedad Mont Pelerin y cofundador del Instituto Económico de Paris. Instituto de Estudios Económicos. 1986. Madrid. España.pp.1-2.

³ BARCELÓ, Joaquín, “Ensayo acerca del Fundamento del Derecho de Propiedad”, trabajo del proyecto FONDECYT N° 92-1024, Estudios Públicos, 52, Chile, 1993.

⁴Idem, pp.250

⁵ ROSS, W. D, Aristóteles, Segunda Edición, Liberos Libros, Editorial Charcas, Buenos Aires, 2000, pp.286

⁶ AMPUERO, Dora, “El Derecho de Propiedad”: Historia de un Concepto, Ensayo de El Instituto Ecuatoriano de Economía Política, elaborado el presente ensayo basado en el capítulo II del libro “Por qué la propiedad”. Artículo electrónico disponible en www.institutoecuatorianoeconomicopolitico.cl,pp.12

⁷ ARENAS, Parjol, UNDA, Maria de los Ángeles, Breve Historia de la propiedad Inmueble en Chile durante el siglo XX, , Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso,2008.pp 14 en Topacio, Aldo, Derecho Romano, Editorial Latino Clásica , Valparaíso, 1992, pp.204

⁸ OURLIAC, Paul y DE MALAFOSSE, J.- “Derecho Romano y Francés Histórico” Tomo II. Casa Editorial Bosch, Barcelona – España, 1963.pp. 362.

⁹ Sevirich, Atilo, Derecho Indígena Peruano, Ediciones Kantur, Lima, pp. 69-71.

¹⁰ARENAS, Parjol, UNDA, Maria de los Ángeles, Breve Historia de la propiedad Inmueble en Chile durante el siglo XX, Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, Chile, 2008.pp.95.

¹¹ AYLWIN O., José, Tierra y territorio mapuche: Un análisis desde una perspectiva histórico jurídica. Proyecto Mapu Territorialidad Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera Temuco, Chile.pp.94,95.

¹² *Ibidem*, pp.96

¹³ Constitución 1811, Artículo 9.

¹⁴ARENAS, Parjol, UNDA, Maria de los Ángeles, Breve Historia de la propiedad Inmueble en Chile durante el siglo XX, , Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso,2008. pp.95. Chile en VALENCIA, Avaría, Anales de la Republica, Tomo I, pps: 69, 72.103, Tomo II, pp. 21 y 27.

¹⁵ARENAS, Parjol, UNDA, Maria de los Ángeles, op cit.p.98.

¹⁶ Artículo 12, N° 5, Constitución Política de la Republica, 1833.

¹⁷ ARENAS, Parjol, UNDA, Maria de los Ángeles, op.cit. pp. 97.

¹⁸ Ídem, p. 97

¹⁹ Artículo 10 N° 10, Constitución Política de 1925

²⁰ ARENAS, Parjol, UNDA, Maria de los Ángeles, pp.214 - 223

²¹ Artículo 582 Libro II del, Código Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, duodécima edición, Noviembre, 1995.

²² Artículo N° 582 Código Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile

²³ "La Noción de Trabajo en Locke y otros". *Revista de Filosofía*, Universidad de Chile, XXXIX-XL, 1992, pp. 25-38.

²⁴ Barceló, *op.cit.* pp.2

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques, « El Contrato Social », Biblioteca EDAF, Madrid, 1982.pp. 30-31

²⁶ ENGELS, Federico, *Origen de la Familia de la Propiedad Privada y del Estado*, Librería de Derecho y Jurisprudencia Doeste, Buenos Aires, 1924, pp.193.

²⁷ ENGELS, Federico, MARX Carlos, LUDWIG FEUERBACH Y EL FIN DE LA FILOSOFÍA CLÁSICA ALEMANA y otros escritos sobre Feuerbach, Fundación Federico Engels, pp. 76.

²⁸ ENGELS, Federico, *op.cit*, pp 79

²⁹ CAPPELLETTI Angel J., Pensadores Anarquistas. Libro electrónico encontrado en <http://folletoslibertad.angelfire.com/CappellettiPensadoresanarquistas.pdf>.pp.12

³⁰ *Ibíd.*.p13

³¹ Cappelletti Angel J., *op cit*.p.14

³² En el territorio de Chile, durante el reinado de Túpac Yupanqui, se produjo la conquista de los diaguitas de los valles transversales del norte de Chile, y más al sur a parte de las poblaciones ubicadas en el norte del territorio Picunche, (subgrupo mapuche septentrional); quienes habitaban el Valle de Chile (el actual valle del Aconcagua o el valle del Mapocho) y algunas comarcas ubicadas al sur de él, fijándose así los límites del Imperio Inca, en una zona que convencionalmente los historiadores y la arqueología extienden hasta el río Maule. Límite fijado según la tradición por el suceso conocido como Batalla del Maule;⁴ en el que se enfrentaron el subgrupo picunche conocido posteriormente como promaucaes por los españoles, y las fuerzas del Imperio Inca. (Referencia Francis Goicovich Videla y Osvaldo Silva Galdames en el artículo ubicado en [<http://www.filosofia.uchile.cl/publicaciones/revindigena/n6/goicovich.pdf>].

³³ AYLWIN, José, "Pueblos indígenas de Chile: Antecedentes Históricos y Situación actual". "Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera", serie documentos N° 1. Centro de Estudio Miguel Enríquez. Archivo Chile. (Estos documentos también pueden encontrarse en la Biblioteca virtual del Centros de Estudios Indígenas. www.observatoriodederechosindigenas.cl. pp.1-5

³⁴ Organización mapuche meli wixan mapa, "*Breve informe Situación de derechos humanos del pueblo mapuche*", Chile, 2005. (Este documento fue redactado para

ser presentado en el 61 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas). <http://meli.mapuches.org.pp.14-17>.

³⁵ Ser Indígena - Portal de las Culturas Originarias de Chile, HISTORIA DEL PUEBLO MAPUCHE, Historia del Pueblo Mapuche en Documentos - Biblioteca - Territorio Recursos - Ser Indígena http://www.serindigena.cl/territorios/recursos/biblioteca/documentos/i_histo_mapu.htm pp.10-15

³⁶ NAMUNCURA, Domingo, “Los pueblos indígenas y los desafíos del 2000”, Revista *Perspectivas* (Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile), Vol. 3, Nº 2, 2000. pp. 301-317.

³⁷ARRAIGADA, Soledad, *op. cit*, pp 11.

³⁸GONZÁLEZ, José Antonio, “Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus Derechos P.¹ Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte. Casilla 1280, Antofagasta, CHILE. jagonzal@ucn.cl.pp. 8-10.

³⁹NAMUNCURA, Domingo, *op.cit*, p. 303

⁴⁰“Breve informe Situación de derechos humanos del pueblo mapuche”, *op. cit*. p.4

⁴¹FOERSTER, Rolf, “Sociedad Mapuche y Sociedad Chilena”: La Deuda histórica* http://www.revistapolis.cl/polis%20final/2/doc/foert.doc.*.pp.1-6.

⁴²Los Mapuches- Huilliches (Butahuillimapu) han habitado por siglos el territorio entre el Rio Tolten y el seno de Reloncavi y la isla Grande de Chiloé, Butahuillimapu en mapundungún. El Parlamento de la Paz celebrado el año 1793 por la junta de Caciques de Butahuillimapu se considera como el hecho fundacional de los mapuvches-huilliches.

⁴³LLANCAPÁN, Andrés Chepe Huenchuleo, Pablo, Estudio de la realidad mapuche en la región de la Araucanía, Observatorio Económico Social de la Araucanía. Universidad de la Frontera, Diciembre 2008.pp.1-5

⁴⁴NAMUNCURA, Domingo, *op.cit*, p. 304

⁴⁵LATERCERA.COM **Las claves del conflicto mapuche**

http://latercera.com/contenido/680_162755_9.shtml.p.1

⁴⁶GONZÁLEZ, Karina, LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías y SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Rubén, Documento de Trabajo nº 6 “Política de Tierras y Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas en Chile: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras” Paradigmas de la negociación estatal de la territorialidad mapuche, Observatorio de Derechos de Los Pueblos Indígenas. Temuco, Chile 2007, pp.9 en MARTÍNEZ, Christian, “La territorialidad mapuche lafquenche durante los siglos XVI y XVIII, en: Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena, Instituto de Estudios Indígenas-UFRO, Temuco, Chile, 1995.; Molina, Raúl, Reconstrucción de los Etno-territorios, en Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena, Instituto de Estudios Indígenas-UFRO, Temuco, Chile.pp.9-12

⁴⁷GONZÁLEZ, Karina, LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías y SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Rubén, Documento de Trabajo nº 6 “Política de Tierras y Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas en Chile: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras” Paradigmas de la negación estatal de la territorialidad mapuche, Observatorio de Derechos de Los Pueblos Indígenas. Temuco, Chile 2007, pp.9-10.

⁴⁸AYLWIN O., José, Tierra y territorio mapuche: Un análisis desde una perspectiva histórico Jurídica. Proyecto Mapu Territorialidad, Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera Temuco, 1995, Chile. Artículo electrónico disponible en www.centrodeestudiosindigenas.cl.p.35

⁴⁹MARTÍNEZ, Christian, *La territorialidad mapuche lafquenche durante los siglos XVI y XVIII*, en: *Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena*, Instituto de Estudios Indígenas- UFRO, Temuco, Chile, 1995.pp.17-22.

⁵⁰GONZÁLEZ, Karina, LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías y SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Rubén, op. cit. p.9.

⁵¹MOLINA, Raúl, La Memoria de la tierra, Diario La Época, artículo de prensa, domingo 11 de Enero de 1998. Santiago, Chile. p.1

⁵²AGUILAR, Gonzalo, op. cit. p.3

⁵³*Idem*, p.3 en Torrecuadrada, Soledad, Los Pueblos Indígenas en el orden Internacional, Madrid, 2001, p.102

⁵⁴AGUILAR, Gonzalo, op. cit. p.3, en Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial Sra. Erica-Irene A. Daes, "El problema de la extinción se halla en relación con el concepto de título aborígen. El defecto fundamental del denominado título aborígen consiste en que, por definición, puede ser anulado por voluntad del soberano, es decir, del Gobierno colonial o, en la actualidad, del Estado. Al igual que el título aborígen, la práctica de la extinción involuntaria de los derechos a tierras indígenas es una reliquia del período colonial. En la época moderna, la práctica de la extinción involuntaria de los títulos de tierras sin indemnización se aplica únicamente a los pueblos indígenas y, por consiguiente, es por lo menos discriminatoria e injusta y debe ser analizada a fondo", Daes, Erica-Irene, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*.

⁵⁵AGUILAR, Gonzalo, op. cit. p.4, en MACKAY, Fergus. 2004. Una guía para los derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización Internacional del Trabajo Reino Unido, p. 26

⁵⁶AGUILAR, Gonzalo, op. cit. p.7-8

⁵⁷ *Idem*, pp. 9-10

⁵⁸OIT *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, ISBN 92-2-019238-1 / 978-92-2-019238-2 versión web pdf, 2006.p.28

⁵⁹ Extracto de Conferencia de prensa realizada el 7 de Septiembre de 2009, en la Intendencia de la ciudad de Arica, por el Alto Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, Rodrigo Egaña Baraona.pp.1

⁶⁰ *Idem*, p 2

⁶¹ *Idem*,p 3.

⁶² ARTEAGA, Andrés, Los Derechos de los Pueblos Indígenas y su Reconocimiento Internacional: La Declaración de las Naciones Unidas, Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Concepción, 2007, Chile.

⁶³ Artículo 2 *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, ISBN 92-2-019238-1 / 978-92-2-019238-2 versión web pdf, 2006.

⁶⁴ *Idem*, p.13

⁶⁵ GONZÁLEZ, Karina, LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías y SÁNCHEZ CURIHUENTRO, Rubén, Documento de Trabajo nº 6 “Política de Tierras y Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas en Chile: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras” Paradigmas de la negación estatal de la territorialidad mapuche, Observatorio de Derechos de Los Pueblos Indígenas. Temuco, Chile 2007.pp13-17.

⁶⁶ GONZÁLEZ, Karina, LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías y SÁNCHEZ CURIHUENTRO, *op.cit.* p.10

⁶⁷ GONZÁLEZ, Karina, LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías y SÁNCHEZ CURIHUENTRO en CIDH, *Caso Yake Axa*, p.17.

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Mabo_v_Queensland

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ *Idem* http://en.wikipedia.org/wiki/Mabo_v_Queensland

⁷² AGUILAR, Gonzalo, *op. cit.* p.8.

⁷³ VALENZUELA, Mylene, La Política Indigenista del Estado Chileno y la Legislación Mapuche, Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, 2002. Chile.pp.43-49

⁷⁴ BOCCARA Guillaume y -BOCCARA Ingrid Seguel, « Políticas indígenas en Chile (siglos xix y xx) de la asimilación al pluralismo -El Caso Mapuche- », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, BAC, 2005, URL :

<http://nuevomundo.revues.org/index594.html>.pp1-8.

⁷⁵ *Ídem*, p.6

⁷⁶ AYLWIN, José, “Pueblos indígenas de Chile: Antecedentes Históricos y Situación actual”. “Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera”, serie documentos Nº 1. Centro de Estudio Miguel Enríquez. Archivo Chile. (Estos documentos también pueden encontrarse en la Biblioteca virtual del Centros de Estudios Indígenas .p.6.

⁷⁷ *Ídem*, Pág. 2

⁷⁸AYLWIN O., José, *op cit.* p. 2

⁷⁹AYLWIN O., José, “Antecedentes Históricos-Legislativos”1850-1920.Documento de trabajo N°3, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera, Temuco, 1995.

⁸⁰ Ibídem, 2

⁸¹ AYLWIN, José, *op cit*, p.3

⁸² DURÁN Ruth, GONZÁLEZ Claudio. TELLO Andrés, La comunidad mapuche: colonización jurídica-legal y resistencia del estar en común, Departamento de Sociología y Antropología, Centro Regional de Estudios Étnicos y Rurales (CREER), Universidad de Concepción.pp.12-19

⁸³ BENGOA, José, “Historia del Pueblo Mapuche” (siglos XIX y XX). Editorial Sur, 1987, Santiago. p.166

⁸⁴AYLWIN, José, *op cit*, p. 5

⁸⁵ Ibídem, p.5.

⁸⁶VALENZUELA, Mylene, La Política Indigenista del Estado Chileno y la Legislación Mapuche, Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, 2002. Chile. p.12.

⁸⁷AYLWIN, José, *op, cit*, p. 6

⁸⁸ Ibídem, p. 8.

⁸⁹ AYLWIN O., José, “Antecedentes Históricos-Legislativos”1850-1920.Documento de trabajo N°3, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera, Temuco, 1995.pp.1-7.

⁹⁰Durán Ruth, González Claudio. Tello Andrés, La comunidad mapuche: colonización jurídica-legal y resistencia del estar en común, Departamento de Sociología y Antropología, Centro Regional de Estudios Étnicos y Rurales (CREER), Universidad de Concepción. p.6.

⁹¹ Idem, p.7.

⁹²BOCCARA, Guillaume, y SEGUER-Bocara Ingrid, “ Políticas indígenas en Chile (siglos xixy xx) de la asimilación al pluralismo. El Caso Mapuche”- Nuevo Mundo Mundos, Documento accesible en línea desde la siguiente dirección: <http://nuevomundo.revues.org/index594.html>,2009.pp1-3.

⁹³ AYLWIN O., José, “Antecedentes Históricos-Legislativos”1850-1920, Documento de trabajo N° 3, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile 1995. Artículo electrónico disponible en www.centrodeestudiosindigenas.clpp.1-6

⁹⁴ BOCCARA, Guillaume, y SEGUER-Bocara Ingrid, *op cit*.

⁹⁵ RUIZ Rodríguez Carlos,” El pueblo Mapuche y el gobierno de Salvador Allende y la Unidad Popular”, , Proyecto DICYT 03-0051 SM “La cuestión mapuche: Universidad de Santiago, Chile, 1964-1973. pp.1-8

⁹⁶Idem, p.21

- ⁹⁷AYLWIN O., José, “Antecedentes Históricos-Legislativos”1850-1920, Documento de trabajo N° 3, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile 1995. Artículo electrónico disponible en www.centrodeestudiosindigenas.cl, p. 9
- ⁹⁸VALENZUELA, Mylene, La Política Indigenista del Estado Chileno y la Legislación Mapuche, Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, 2002. Chile. p.163.
- ⁹⁹BOCCARA, Guillaume, y SEGUEL-Boccaro Ingrid, “ Políticas indígenas en Chile (siglos xixy xx) de la asimilación al pluralismo. El Caso Mapuche”- Nuevo Mundo Mundos, Documento accesible en línea desde la siguiente dirección: <http://nuevomundo.revues.org/index594.html>,2009.p.69
- ¹⁰⁰BOCCARA, Guillaume, y SEGUEL-Boccaro Ingrid, op cit.p. 70
- ¹⁰¹AGUILAR, Gonzalo, op. cit. p. 8, 9.
- ¹⁰²FEDERACIÓN Internacional de Derechos Humanos, Informe Misión Internacional de Investigación posibilidades de cambio en la política hacia los pueblos indígenas, La aplicación de la legislación antiterrorista, Chile, 2009. p.6.
- ¹⁰³GUZMÁN, Eugenio, “La Cuestión Mapuche: Un tema prioritario”, Instituto Libertad y Desarrollo, Serie informe Político N° 66, Chile, Mayo 2000.p.20,21,22.
- ¹⁰⁴FEDERACIÓN Internacional de Derechos Humanos, op cit. p 20,21.
- ¹⁰⁵NAMUNCURA, Domingo, “Los Pueblos indígenas y los Desafíos del 2000”, Revista Perspectivas, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, Vol. 3, N° 2, 2000.p.316,317,318.
- ¹⁰⁶ARRAIGADA, Soledad, ISLA Boris, “Realidad de las etnias en Chile”. Elaborado para la asignatura “psicología y relaciones interétnicas” Universidad de la frontera, Año 2000. (www.monografias.com).pp.4.5
- ¹⁰⁷ Ibidem, pp. 5-6
- ¹⁰⁸ Ibidem, pp.8-9
- ¹⁰⁹ARRAIGADA, Soledad, ISLA Boris, op.cit.pp 14-16
- ¹¹⁰ Ibidem, pp17-18

27. BIBLIOGRAFIA

ARTICULOS

A

1. AMPUERO, Dora, "El Derecho de Propiedad": Historia de un Concepto, Ensayo de El Instituto Ecuatoriano de Economía Política, elaborado el presente ensayo basado en el capítulo II del libro "Por qué la propiedad". Artículo electrónico disponible en www.institutoecuatorianoeconomicopolitico.cl
2. AYLWIN, José, "Tierra mapuche": Derecho Consuetudinario y legislación chilena. América Indígena (2): 369-391. Centro de documentación del Instituto de Derechos Indígenas, Universidad de la Frontera, 1989.
3. AYLWIN, José, "Pueblos indígenas de Chile: Antecedentes Históricos y Situación Actual", Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera, serie documentos N° 1. Centro de Estudio Miguel Enríquez. Archivo Chile. Artículo electrónico disponible en la Biblioteca virtual del Centros de Estudios Indígenas. www.centrodeestudiosindigenas.cl, Chile, 1995.
4. AYLWIN O., José, "Antecedentes Históricos-Legislativos"1850-1920, Documento de trabajo N° 3, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile 1995. Artículo electrónico disponible en www.institutoecuatorianoeconomicopolitico.cl, www.centrodeestudiosindigenas.cl.
5. AYLWIN O., José, Tierra y territorio mapuche: Un análisis desde una perspectiva histórico Jurídica. Proyecto Mapu Territorialidad, Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera Temuco, 1995, Chile. Artículo electrónico disponible en www.centrodeestudiosindigenas.cl
6. ARRAIGADA, Soledad, ISLA Boris, "Realidad de las etnias en Chile". Elaborado para la asignatura "psicología y relaciones interétnicas" Universidad de la frontera, Año 2000. (www.monografias.com)
7. ALVARADO, Margarita, "Territorio y especialidad: Un modelo etnográfico y su aplicación al siglo XVI, para el área Itata-Tolten, en Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena", artículo electrónico disponible en www.observatoriodederechosindigenas.cl. Chile

8. AZÓCAR, Gerardo, SANHUEZA, Rodrigo, AGUAYO, Mauricio, VALDÉS, Cristián
“Propiedad y ordenamiento territorial en áreas de desarrollo indígena: El caso del
Alto Biobío”, Revista Ambiente y Desarrollo, VOL XVIII, Nº 2-3-4 / 2002

B

9. BARCELÓ, Joaquín Ensayo “Acerca del fundamento del Derecho de Propiedad”,
Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto Fondecyt Nº 92-
1.024.Estudios Públicos, 52 1993.

10. BENGÓA, José, “Historia del Pueblo Mapuche” (siglos XIX y XX). Editorial Sur,
1987, Santiago. P.166

11. BOCCARA, Guillaume, y SEGUÉL-Boccarda Ingrid, “ Políticas indígenas en
Chile (siglos xixy xx) de la asimilación al pluralismo. El Caso Mapuche”- Nuevo
Mundo Mundos, Documento accesible en línea desde la siguiente dirección:
<http://nuevomundo.revues.org/index594.html>,2009.p.66

C

12. COMISION VERDAD HISTORICA Y NUEVO TRATO, 2003. Acta Sesión del 2
de diciembre de 2002. Subcomisión Legislativa. Documento Oficial
CVHNT/SE/2003/102. Santiago.

COMISION ANDINA DE JURISTAS. “Los Derechos Humanos en las Constituciones
Andinas”.Artículo electrónico disponible en <http://www.cajpe.org.pe>

13. COMISION DE CONSTITUCION, LEGISLACION, JUSTICIA Y REGLAMENTO
DEL SENADO, “Reforma a la Constitución Política de la República de 1980”.
Noviembre 2001.

14. CORREA, R., Informe de Constitucionalidad, Convenio 169 sobre “Pueblos
Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la OIT ”. Comisión de Verdad
Histórica y Nuevo Trato. Subcomisión de Legislación. Documento de Trabajo
CVHNT/GTDER/2002/053, Santiago, 2002.

15. CURIHUMENTRO, Rubén, Documento de Trabajo nº 6 “Política de Tierras y
Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas en Chile: el caso de las
Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel
Contreras” Paradigmas de la negociación estatal de la territorialidad mapuche,
Observatorio de Derechos de Los Pueblos Indígenas. Temuco, 2007.

D

16. Durán Ruth, González Claudio. Tello Andrés, La comunidad mapuche: colonización jurídica-legal y resistencia del estar en común, Departamento de Sociología y Antropología, Centro Regional de Estudios Étnicos y Rurales (CREER), Universidad de Concepción.

E

17. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, Los Derechos Constitucionales, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999.

F

18. FAVRE, H.,. “El Indigenismo”. Artículo publicado en el Fondo de Cultura Económica, Boletín N°13, México D. F,1998. Artículo electrónico disponible en www.fondodeculturaeconomica.com

19. FEDERACIÓN Internacional de Derechos Humanos, Informe Misión Internacional de Investigación posibilidades de cambio en la política hacia los pueblos indígenas, La aplicación de la legislación antiterrorista, Chile , 2009.

20. FOERSTER, Rolf, “Sociedad Mapuche y Sociedad Chilena: La Deuda Histórica”, Artículo electrónico disponible en <http://www.revistapolis.cl/polis%20final/2/doc/foert.doc>.

G

21. GONZÁLEZ, José Antonio, “Los Pueblos Originarios en el Marco del Desarrollo de sus Derechos, Biblioteca Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile, 2004.

22. GUZMÁN, Eugenio, “La Cuestión Mapuche: Un tema prioritario”, Instituto Libertad y Desarrollo, Serie informe Político N° 66, Chile, Mayo 2000.

H

23. HEINE, Jorge, “Políticas públicas y la Cuestión Indígena”:, Revista Perspectivas 271, Vol. N°3, Chile, 2000. Artículo electrónico disponible en

I

24. INSTITUTO DE ESTUDIOS INDIGENAS, "Pueblos indígenas, Reforma Constitucional y violencia en la Araucanía". Universidad de la Frontera, Temuco, 2002. Observatorio Económico Social de la Araucanía. Universidad de la Frontera. Artículo disponible en el www.observatorioeconomicosocial.cl.

L

25. LILLO VERA, Rodrigo, "Los Derechos de los Indígenas y el Nuevo Sistema Procesal Penal. Revista de Derecho 2: 87-136. 2001.

26. LLANCAPÁN, HUENCHULEO Andrés CHEPE, Pablo, "Estudio de la Realidad Mapuche en la Región de la Araucanía, Observatorio Económico Social de la Araucanía. Universidad de la Frontera, Diciembre 2008.

M

27. MANQUILEF, Manuel. Intervención en Cámara de Diputados. En sesión extraordinaria N° 42, Santiago, 1972. Artículo electrónico disponible en www.camara.cl/.

28. MOLINA, Raúl, "La Memoria de la Tierra", artículo de prensa Diario La Época. Domingo 11 de Enero de 1998. Santiago, Chile

29. MOSLER, Rajevic METER, Enrique, "Limitaciones, Reserva Legal, Contenido esencial de la Propiedad Privada", Revista Chilena de Derecho, Volumen 23, N° 1, 2006.

N

30. NAMUNCURA, Domingo, "Los Pueblos indígenas y los Desafíos del 2000", Revista Perspectivas, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, Vol. 3, N° 2, 2000.

O

31. ORMEÑO, Hugo, OSSES, Jorge: "Nueva legislación sobre indígenas en Chile". Cuadernos de la Realidad Nacional N° 14:15-45, Universidad Católica, Santiago, 1870.

32. Organización mapuche meli wixan mapa, "Breve informe Situación de derechos humanos del pueblo mapuche", Chile, 2005. (Este documento fue redactado para

ser presentado en el 61 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas). Artículo electrónico disponible en <http://meli.mapuches.org>

33. Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Consultor del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Documento de Trabajo, "Pueblos indígenas, globalización y territorio", Temuco, Región de la Araucanía, 2006.

R

34. Revista Temas Públicos Nº 920. Libertad y desarrollo. Política Indígena: Código de conducta responsable ISSN 0717-1528, 5 de junio 2009. Artículo electrónico disponible www.lyd.org.

35. RUIZ Rodríguez Carlos, "El pueblo Mapuche y el gobierno de Salvador Allende y la Unidad Popular", Proyecto DICYT 03-0051 SM "La cuestión mapuche: Universidad de Santiago, Chile, 1964-1973.

S

36. SENTENCIA de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, de fecha 22 de marzo de 2004, la causa Comunidad Atacameña Toconce con Essan S. A., Rol. Ex. Corte N986-03. Artículo electrónico disponible en www.poderjudicial.cl

37. SIERRA, Luis., "La Constitución y los indígenas en Chile": Reconocimiento individual y no colectivo. Estudios Públicos 92: 19-27, 2003. Artículo electrónico disponible en <http://biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/4069-07/616.pdf>

38. STAVENHAGEN, R., "Derecho Indígena y Derechos humanos en América Latina". El Colegio de México Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México D. F, 1988.

39. Ser Indígena - Portal de las Culturas Originarias de Chile, Historia del Pueblo Mapuche en Territorio Recursos, Documentos en Biblioteca virtual en página Internet Artículo electrónico disponible en http://www.serindigena.cl/territorios/recursos/biblioteca/documentos/i_histo_mapu.htm

40. Cuadernos de Historia "Algunas consideraciones en torno a la propiedad como derecho Natural", Revista Universitaria, Universidad Católica de Chile, XXXVIII, 1992.

V

41. Valenzuela, Mylene, "Recopilación de Legislación del Estado Chileno para los Pueblos Indígenas" 1813-2006. Editorial Jurídica de Chile, 2002, Santiago.

42. VARELA, Jannet, Derecho de Propiedad en el Perú, Monografía Estudiante de Derecho y Ciencias Políticas, Perú, pp.23-26, 2004, Perú.

W

43. Wall Mapu, Pegun, "Propuestas de Organizaciones Territoriales Mapuche al Estado de Chile", Santiago, 2006. Artículo electrónico disponible en www.universidaddelafrontera.cl

44. ROSS, W. D, Aristóteles, Segunda Edición, Liberos Libros, Editorial Charcas, Buenos Aires, 2000.

LIBROS

45. BENGUA, José, "Historia del Pueblo Mapuche (siglo XIX Y XX)", Ediciones del Sur, Santiago, 1985.

46. CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado". Tomo III De los Bienes, I Parte, Imprenta Cervantes, Santiago, 1930.

47. CORRAL, Hernán, "Como hacer una Tesis en Derecho", Editorial Jurídica de Chile, Colección de Manuales Jurídicos, Chile.

48. DONOSO, Ricardo. y VELASCO, Fanor, "Historia de la Constitución de la Propiedad Austral" Imprenta Cervantes, Santiago, 1928.

49. ENGELS, Federico, "El Origen de la familia, La Propiedad Privada y El Estado", Editorial Edaf, Primera Edición 1884 en Zurich - Suiza, 1884.

50. LETELIER, Valentín, Génesis del Derecho y de las Instituciones Civiles Fundamentales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1967.

51. HOBBS, Thomas, "El Leviatán o la Materia y forma y Poder de una Republica Eclesiástica Civil", Fondo de la Cultura Económica PANUCO 63, México, 1940.

52. ENGELS, Federico, MARX Carlos, LUDWIG FEUERBACH Y EL FIN DE LA FILOSOFÍA CLÁSICA ALEMANA y otros escritos sobre Feuerbach ,. Artículo electrónico disponible en www.fundaciónfedericoengels.com

53. PESCIO, Vittorio, "Manual de Derecho Civil", Tomo III, Segunda Parte Cáp. 1"De la Propiedad. Nociones generales. Chile.

54. RUPAILAF, Raúl, "Las Organizaciones Mapuches y las Políticas Indigenistas del Estado Chileno 1970-2000", Revista de la Academia, N°7, Primavera 2002, Chile.

55. ROUSSEAU, Jean-Jacques, « El Contrato Social », Biblioteca EDAF, Madrid, 1982.

TESIS DE GRADOS O MEMORIAS

56. ARTEAGA, Andrés, "Los Derechos de los Pueblos Indígenas y su Reconocimiento Internacional: La Declaración de las Naciones Unidas", Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Concepción, 2007, Chile.

57. ARENAS, Parjol, UNDA, Maria de los Ángeles, "Breve Historia de la Propiedad Inmueble en Chile durante el siglo XX", Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, 2008. Chile.

58. VALENZUELA, Mylene, "La Política Indigenista del Estado Chileno y la Legislación Mapuche", Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, 2002. Chile.

59. VALDEBENITO, Marco, "Derecho Indígena y libre determinación, Tesis de grado para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Arturo Prat, 2006, Chile.

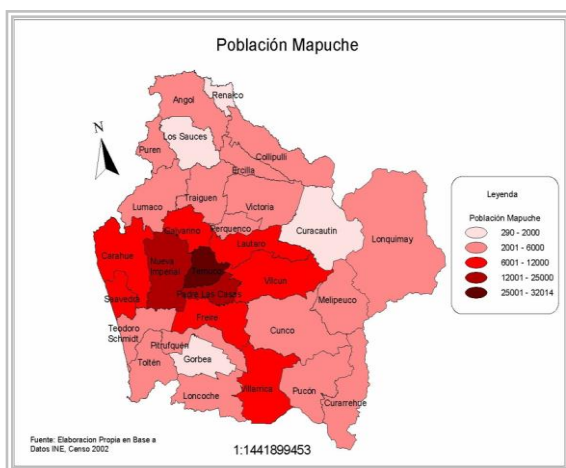
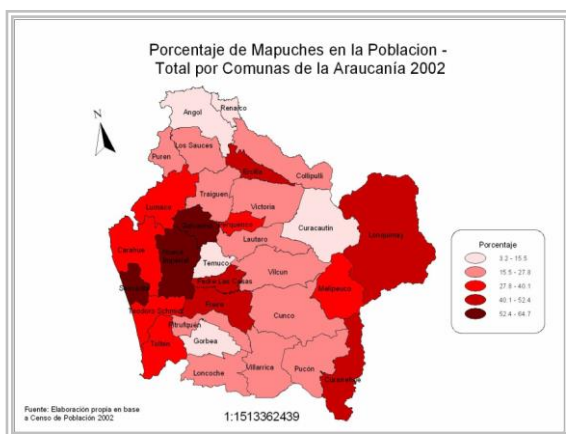
LEYES Y DECRETOS, CODIGOS

60. Ley Indígena N° 19.253. Fecha de publicación 05.10.1993. Fecha de Promulgación 28.09.1993, Ministerio de Planificación y Cooperación. Publicación no oficial www.uta.cl/masma.

61. Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes OIT, Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, ISBN 92-2-019238-1 / 978-92-2-019238-2 versión web pdf, 2006.

ANEXO N° 1. GRAFICOS Y MAPAS DEMOGRAFICOS DE LA POBLACION MAPUCHE EN CHILE¹

PROVINCIAS	Población	Población	Pob. Mapuche Total= 100%	Pob. Mapuche / Pob.Total
Total	Mapuche	Total = 100 %		
Malleco	200.775	32.731	16,1	16,3
Cautín	666.576	170.490	83,9	25,6
REGIÓN	867.351	203.221	100,0	23,4



¹ Gráficos elaborados por el Observatorio Económico Social de la Araucanía, Universidad de la Frontera, en base a Censo del Año 2002.

ANEXO N° 2. SUPERFICIE CATASTRADA EN EL ADI DEL ALTO BIO-BIO SEGÚN TIPO DE PROPIEDAD¹.

Tipo de Propiedad	Superficie (ha)	Porcentaje (%)	Numero de Propiedades	Porcentaje (%)
Propiedad fiscal inscrita	16.482	7,3	19	1,5
Propiedad particular	83.072	36,6	558	45,4
Mercedes Indígenas (*)	27.947,3	12,3	3	0,4
Tierras Indígenas hijueladas	41.451	18,3	493	40,1
Tierras Indígenas permutadas	17,132	7,5	125	10,2
Propiedades del Estado	21	18	1,4
TOTAL	227.107,6	100	1.229	100

(*) Se consideran las superficies de las interpretaciones cartográficas realizadas sobre la base de levantamientos topográficos de INDAP-Dasin.

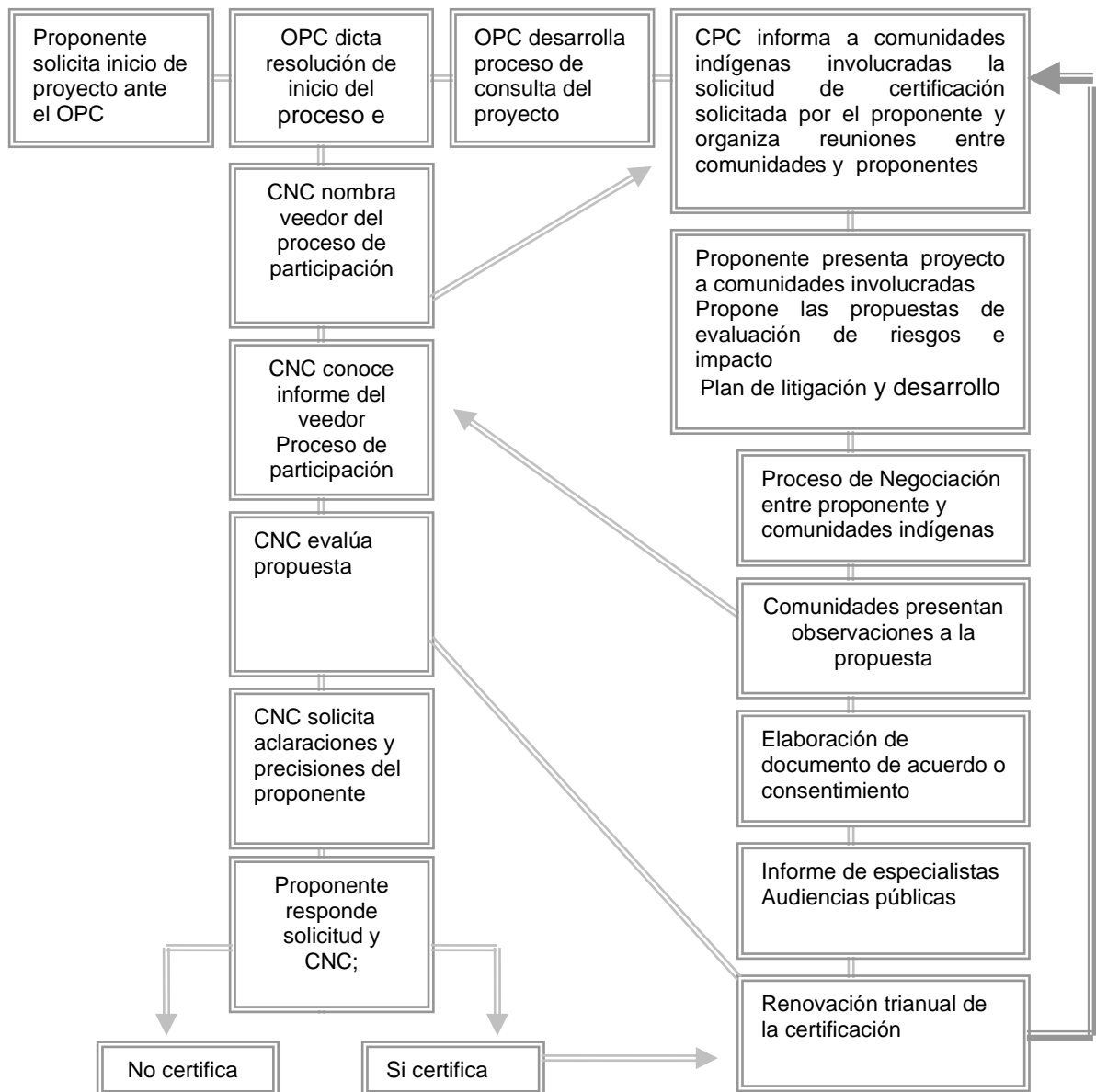
¹Elaborado por AZÓCAR, Gerardo, SANHUEZA, Rodrigo, AGUAYO, Mauricio, VALDÉS, Cristián "Propiedad y ordenamiento territorial en áreas de desarrollo indígena: El caso del Alto Biobío", Revista Ambiente y Desarrollo, VOL XVIII, N° 2-3-4 / 2002

ANEXO N° 3. CUADRO DE GESTION DEL FONDO DE TIERRAS (FTI)¹

	Art. 20 a)	Art. 20 b)	Traspaso Predios Fiscales	Saneamiento Propiedad Indígena		Total
Total 1994-2006 (ha)	73.045	23.783	190.485	217.353		504.666
Familias (nro)	6.686	2.463	3.858	7.983		20.990
Comunidades (nro.)	212	116		-	-	328
Subsidios Individuales	-	1.143		-	-	1.143

¹ Elaborado por CURIHUENTRO, Rubén, Documento de Trabajo n° 6 "Política de Tierras y Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas en Chile: el caso de las Comunidades "Carimán Sánchez y Gonzalo Marín" y "Comunidad Manuel Contreras" Paradigmas de la negación estatal de la territorialidad mapuche, Observatorio de Derechos de Los Pueblos Indígenas. Temuco, Chile, 2007.

CUADRO Nº 4. CUADRO EXPLICATIVO DEL CÓDIGO DE CONDUCTA RESPONSABLE¹



¹ Elaboración propia, basado en cuadro de Revista Temas Públicos Nº 920. Libertad y desarrollo. Política Indígena: Código de conducta responsable ISSN 0717-1528, 5 de junio 2009. Artículo electrónico disponible www.lyd.org.