

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**“DESARROLLO HISTÓRICO DE NUESTRA
LEGISLACIÓN SOBRE INDÍGENAS: ¿HACIA EL
RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS?”**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

OLIVER CASTILLO LAPAQUETTE

VALPARAÍSO, AGOSTO DE 2010

INTRODUCCIÓN

Si bien este trabajo tiene por objeto revisar el desarrollo histórico que ha tenido nuestra legislación sobre indígenas a partir de la Ley Indígena n° 19.253, de 1993, a poco andar resultó evidente que no podía abordarse la materia sin examinar, aunque sea en sus rasgos generales, las leyes sobre indígenas emanadas de la naciente república de Chile desde su independencia, a comienzos del siglo XIX.

Por lo anterior, en el capítulo primero de este trabajo nos dimos a la tarea de consultar los principales contenidos y los efectos de la aplicación práctica de las normas dictadas por el Estado chileno, las que, durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX se refirieron exclusivamente al pueblo mapuche, acuñando la noción de tierras indígenas.

Además de los cuerpos legales, también se revisan diversos documentos que dan cuenta cómo se llevó a cabo el proceso de ocupación, reducción y radicación del pueblo mapuche, con la consiguiente pérdida de sus tierras. En este sentido, resultan ilustrativos algunos artículos de prensa de la época, así como las opiniones consignadas por el legislador a propósito de las razones que se esgrimieron para justificar las distintas políticas impulsadas desde el Estado de Chile, y las leyes que se promulgaron para hacer efectivas las finalidades perseguidas.

En este sentido también son muy útiles y dignos de destacar distintos informes elaborados por autoridades públicas de la época, dando cuenta del modo en que se aplicaban las disposiciones sobre indígenas, constatando sus defectos y proponiendo soluciones legales acordes con las corrientes de pensamiento imperantes. Nos referimos principalmente a los informes evacuados por los Protectores de Indígenas y por la Comisión Parlamentaria de Colonización.

También apreciamos como durante el siglo XX las normas sobre tierras indígenas apuntaron principalmente a la división de las reducciones que había impulsado el Estado chileno, lo que también importó la pérdida de sus tierras, salvo en los períodos en que el naciente movimiento indígena lograba poner trabas legales a dicho proceso, influenciados principalmente por el movimiento indigenista americano. En este contexto se explica la creación de la Dirección de Asuntos Indígenas y la dictación de la Ley Indígena n° 14.511, en 1961.

Posteriormente, analizamos los efectos de la legislación sobre reforma agraria en materia de tierras indígenas, no obstante que dichos cuerpos legales no abordaban la problemática indígena en su especificidad étnico-cultural.

Finalmente, damos cuenta de los objetivos y resultados de la política legislativa sobre tierras indígenas que se aplicó durante el régimen militar.

En cuanto a los otros pueblos indígenas que habitan el territorio del Estado chileno, podemos señalar que su situación ha estado marcada por su invisibilidad, ya que ningún cuerpo legal hacía referencia a ellos. Así aconteció con los pueblos indígenas del norte y del extremo sur. Otro tanto ocurrió con el pueblo rapa nui, con la excepción de la *Ley Pascua*, de 1966.

Luego, en el capítulo segundo abordamos la génesis de la Ley Indígena n° 19.253, que marcó un hito en nuestra historia sobre leyes indígenas por la significativa participación que tuvieron los distintos pueblos indígenas de Chile en su elaboración, principalmente a través de las propuestas consensuadas luego del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas de 1989 –en Temuco- y la suscripción del Acuerdo de Nueva Imperial, en el mismo año.

Sin embargo, debido a las críticas que han surgido a dicho cuerpo legal, quisimos indagar en la historia de dicha ley, para ver en qué medida los contenidos acordados con los pueblos indígenas se vieron plasmados en la norma. Para lo anterior, nos dimos a la tarea de examinar y exponer las diferencias principales entre los textos del anteproyecto de la ley presentado por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, el proyecto de ley enviado por el ejecutivo al Congreso y la ley promulgada en el Parlamento.

Luego en el capítulo tercero repasamos la evolución de nuestra legislación sobre indígenas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.253, incluyendo otros antecedentes jurídicos.

En este período, y en parte debido a los desaciertos en la política indígena reclamados desde diversos sectores, junto con el crecimiento del movimiento indígena, el gobierno decidió crear una comisión multidisciplinaria con el objeto de dar un nuevo enfoque a las políticas públicas sobre la materia, principalmente recomendando

mecanismos institucionales, jurídicos y políticos para una plena participación, reconocimiento y goce de los derechos de los pueblos indígenas. Nos referimos al informe elaborado por la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2003), cuyas principales sugerencias en el ámbito legal enunciaremos sumariamente, junto con constatar la acogida que dichas recomendaciones tuvieron en la labor legislativa emanada tanto del ejecutivo como del Congreso.

También revisamos las conclusiones y recomendaciones que formularon los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre los derechos indígenas en Chile, luego de sus visitas en los años 2003 y 2009.

Durante este período el Estado chileno ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas, pasando a ser ley vigente en nuestro país desde el año 2009. En el acápite respectivo analizamos algunos aspectos relevantes suscitados durante su historia legislativa, intentando descifrar las razones que habrían explicado su tramitación parlamentaria durante 18 años. Al respecto, también resulta útil revisar las sentencias del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de dicho tratado internacional.

En este capítulo también examinamos las orientaciones que guiaron la dictación de la Ley 20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios. De dicho cuerpo legal, exponemos sus contenidos más novedosos en relación con la legislación sobre la materia.

Finalmente, quisimos presentar en apretada síntesis cómo se armoniza o coordina la Ley Indígena con las distintas leyes sectoriales que regulan materias susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Sobre el punto, mencionamos alguna jurisprudencia emanada de la Corte Suprema y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, en el capítulo cuarto, exponemos el contenido de los distintos proyectos de reforma sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, asunto pendiente con dichos pueblos desde el Acuerdo de Nueva Imperial (1989). Al respecto, revisamos las materias que han suscitado el mayor desacuerdo en los debates parlamentarios, lo que explicaría el rechazo a dicho reconocimiento. Lo anterior, situado en el contexto de los ordenamientos constitucionales de los Estados de la región.

CAPÍTULO PRIMERO

HISTORIA DE NUESTRA LEGISLACIÓN INDÍGENA PREVIA A LA LEY 19.253

1. Período anterior a la creación del Estado chileno: la legislación colonial

1.1 Antecedentes previos

Producido el descubrimiento de América, la apropiación de este territorio por parte de la Corona española se llevó a cabo en virtud de la *Bula Intercaetera*, dictada por el Papa Alejandro VI, el 3 de mayo de 1493. En ella, el sumo pontífice –por la autoridad de Dios que ejerce en la tierra- dona, cede y asigna a perpetuidad las tierras del nuevo continente a los reyes católicos de Castilla y León para su gobierno con plena, libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción.

Al poco tiempo del descubrimiento, surgió la interrogante –novedosa- acerca del status jurídico político de los indígenas. La novedad, en relación con la reconquista de España, venía dada por la particularidad de que los indígenas americanos, a diferencia de los moros o sarracenos, no habitaban tierras tomadas a pueblos cristianos ni habitaban entre ellos cristianos a quienes se impidiera practicar su fe. Así, “*las razones que habían justificado las cruzadas o la reconquista de España (...) no resultaban fácilmente aplicables a los indios de América*”.¹ Se preguntaban gobernantes, teólogos, juristas y filósofos de la época si los indígenas eran propietarios de sus bienes, si sus jefes ejercían autoridad legítima y si la guerra era un medio justo e idóneo de conversión.

Por un lado, Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) y quienes invocaban la doctrina aristotélica de la servidumbre natural, defendían la justicia de la guerra librada en contra de los indígenas. Para ellos España tenía el derecho de someter a los indígenas americanos por la guerra, ya que los consideraban “*hombrecillos en los cuales apenas encontramos*

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio, *La polémica sobre el nuevo mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho*, Madrid, 1995, p. 24. Citado por PRADO, Maximiliano, *Justicia y reconocimiento: reflexiones acerca de la cuestión indígena en Chile*, en *Anuario iberoamericano de historia del derecho e historia contemporánea*, núm. 2, Santiago, 2002, p. 261.

*vestigios de humanidad, quienes no sólo no poseen ciencia alguna, mas ni siquiera conocen las letras”.*²

Por otra parte, los seguidores de Francisco de Vitoria (1483-1546) –figura central de la Escuela Española del Derecho Natural con sus *Relecciones*- eran partidarios, contra la guerra de conquista, de la evangelización pacífica y persuasiva de los americanos, pues reconocían en los indígenas seres racionales, capaces de autogobernarse y dotados de sus propias formas de organización política, y legítimos dueños de sus posesiones. Sobre el particular, resulta ilustrativa la influencia de esta escuela en la encíclica pontificia *Sublimis Deus* (1537), en la que el Papa Paulo III declara que los indígenas de América “*son verdaderos hombres, capaces de la fe en Cristo y que, aun cuando estén fuera de ella ‘no están privados, ni deben serlo de su libertad ni del dominio de sus bienes’*”.³

Esta discusión alcanzó su máxima expresión en el gran debate de Valladolid, celebrado entre 1550 y 1551, ocasión que enfrentó a Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de Las Casas (1484-1566), defensor de la corriente pacífica. Esta instancia, convocada por Carlos I para decidir sobre la licitud de la guerra a los indígenas, derivó en una discusión general acerca de la justicia de la conquista y sus métodos. Como observa Zavala Vallado, finalmente prevaleció la posición pacífica –por sobre la bélica- en el ámbito de las normas legales de la corona, aunque con las limitaciones que los hechos impusieron.

1.2 Rasgos generales del estatuto legal de los indígenas

Para Bartolomé Clavero, el tratamiento legal de los indígenas configuró un estado jurídico que denomina “status de etnia”.⁴ Este estatuto genérico de los indígenas fue el resultado de la aplicación de una tríada de viejos estados del derecho hispano, a saber: rústico, persona miserable y menor. Como anota de Solórzano Pereyra, “*nuestros indios (...) por su corta capacidad, gozan del privilegio de rústicos y menores, y aún no pueden disponer en sus bienes raíces, cuánto más de sus personas y libertad...*”, agregando

² PÉREZ LUÑO, Antonio, *La polémica sobre el nuevo mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho*, Madrid, 1995, p. 195. Citado por PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*, Santiago, 2003, p. 18.

³ ZAVALA VALLADO, Silvio, *Por la senda hispana de la libertad*, Madrid, 1992, p. 93. Citado por PRADO, Maximiliano, *ibíd.*, p. 16.

⁴ Sobre este punto, véase CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Ciudad de México, 1994, pp. 11-19.

también que “*son y deben ser contados entre las personas que el derecho llama miserables*”.⁵

Resumidamente, podemos señalar que la ley estipulaba que los rústicos podían guiarse en materias privadas conforme a sus costumbres, sin que las mismas les fueran reconocidas como derecho propio. Por tanto, no resultaba para ellos exigible buena parte del derecho objetivo. A su vez, la personalidad miserable se refería a quienes requerían de un amparo especial, pues no podían valerse socialmente por sí mismos, tales como –v. gr.– indigentes, huérfanos y viudas. Finalmente, aunque se tratase de indígenas mayores de edad, se les presumía menores de pleno derecho, pues se les consideraba limitados en su razón.

Además, a este estado general, podían agregarse otros, tales como el de esclavitud, por causa de resistencia y derrota, o el de *infidelibus*, si ya dominados no aceptaban la evangelización o hacían abandono de ella.

Así, resulta que los indígenas eran rústicos, miserables y menores por naturaleza, sin necesidad de evidencia alguna, sino por mera presunción de un derecho ajeno y de una cultura extraña, mediante una simple operación de asimilación a estados tipificados con anterioridad a un conocimiento. Dicho status jurídico, confiado a la virtud de unos eclesiásticos y al arbitrio de unos jueces, dejaba a los indígenas un margen apreciable para el mantenimiento de sus costumbres, pero no como derecho propio, pues aquellas –sus costumbres– no tendrían nunca fuerza de obligar o limitar a la parte colonizadora, era inadmisibles la noción siquiera de un derecho propio indígena.⁶

1.3 Brevísima referencia a las principales instituciones de la legislación colonial en Chile: los Pueblos de Indios, el Protector de Naturales y la Encomienda

En el siglo XVI el actual territorio de Chile era habitado por catorce pueblos indígenas, cada uno de los cuales ejercía el control sobre un territorio delimitado y poseía un cuerpo de autoridades con diferentes niveles de organización. Dichos pueblos, muchos de los cuales ya se extinguieron, son los siguientes: aymara, atacameño o lickanantay,

⁵ DE SOLÓRZANO PEREYRA, Juan, *Política indígena*, Madrid, 1647, libro II, cap. 4, párrafo 27 y cap. 28. Citado por CLAVERO, Bartolomé, *ibíd.*, p. 13.

⁶ CLAVERO, Bartolomé, *ibíd.*, p. 19.

chango, quechua, colla, diaguita, mapuche, puelche, poya, tehuelche o aonikenk, ona o selknam, chono, alacalufe o kaweskar, yagán o yámana y rapa-nui o pascuense.

A partir de 1540, año del primer contacto con los españoles, las autoridades coloniales aplicaron en Chile todo el sistema jurídico emanado de la metrópoli, aunque aquello no fue del todo posible en el sur de nuestro territorio.

Desde entonces, comenzó el proceso de reducción y pérdida del territorio indígena. La política reduccional, consistente en la creación de Pueblos de Indios, se inició con la Tasa de Gamboa (1580) y se formalizó con las Ordenanzas de Ginés de Lillo (1603-1605), las que, complementadas posteriormente por la Tasa de Esquilache (1642), fueron aplicadas durante todo el período colonial. Esta política coexistía con el régimen protector de la propiedad indígena, consistente en la prohibición de adquirir sus tierras comunales.

Para la protección de los indígenas, la monarquía creó el cargo del Protector de Naturales, funcionario que debía representar al indígena en asuntos judiciales, civiles y criminales, así como en algunas materias extrajudiciales. Dicha institución funcionó en Chile –con algunas interrupciones- durante toda la colonia, hasta ser abolida por Bernardo O’Higgins en 1819, para ser posteriormente restablecida por ley en 1866.

Para la organización del trabajo indígena en América se creó la institución de la Encomienda, mediante Reales Cédulas de 1509 y las Leyes de Burgos, de 1512. Mediante este sistema, el rey cedía a los españoles el usufructo del servicio que le debían los indígenas a la corona, los que se pagaban en vestuario y alimentación. Si bien la Encomienda prohibía que los indios encomendados fueran trasladados de su territorio, las actividades productivas que realizaban –minería, agricultura, ganadería, etc.- significaron en la práctica el traslado de población indígena.⁷

De este modo, *“las leyes españolas en Chile no cumplieron el buen propósito que las animaba, sino que al contrario dieron pie a un sistema de explotación de los indígenas”* que dio lugar a todo tipo de abusos.⁸ Por esta razón, la Encomienda fue definitivamente abolida en 1789 por el gobernador Ambrosio O’Higgins.

⁷ GÓNGORA, Mario, *Ensayo sobre la noción del Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Santiago, 1986, pp. 138-139.

⁸ ALVAREZ, Marta y MARÍN, Claudia, *Análisis de la Ley Indígena n° 19.253*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2000, p. 11.

2. Autonomía y pérdida del territorio mapuche (1810 – 1866)

2.1 Autonomía mapuche. Los Parlamentos (1598 – 1810)

En el sur, en cambio, el lapso en que los mapuche fueron incorporados al sistema de Encomienda fue de corta duración, terminando abruptamente con el alzamiento o batalla de Curalaba⁹ (1598), ocasión en que los indígenas dieron muerte al gobernador Oñez de Loyola y destruyeron todas ciudades levantadas por los colonizadores al sur del río Bío Bío. Como sabemos, estos hechos pusieron término a la época denominada “Guerra de Arauco” y dieron inicio al período que en la historia chilena se conoce como “La Frontera”, que se extendió hasta finalizar la campaña militar de ocupación del territorio mapuche por el ejército chileno (1883), en lo que se conoce eufemísticamente como “Pacificación de la Araucanía”.

Durante esa etapa, las relaciones entre la corona y el pueblo mapuche fueron reguladas pacíficamente –salvo algunas interrupciones- mediante la suscripción de acuerdos bilaterales denominados “Parlamentos”, destacando los de Quilín (1641), Yumbel (1692), Negrete (1726), Tapihue (1774) y, nuevamente, Negrete (1803).

En cada Parlamento, entre otras materias, se reglaba el intercambio económico entre los territorios y se fijaban normas sobre actividad misionera en territorio mapuche. Más aún, desde una perspectiva histórico-jurídica, podría sostenerse que *“la importancia de estas convenciones radica en que se reconocía el estatus jurídico independiente del pueblo mapuche y su autonomía territorial”*, pues, en definitiva *“se reglamentaban las bases de la relación entre naciones autónomas”*.¹⁰

Sobre el particular, afirma el profesor Prado que si bien la corona española, a diferencia de la británica, no tuvo por práctica la celebración de tratados con los pueblos indígenas americanos, el Parlamento de Quilín –según muchos autores- podría constituir una excepción, pues fue aprobado y ratificado en 1643 por Real Cédula de Felipe IV e

⁹ El hecho de que en la mayoría de nuestros textos escolares se mencione como “desastre de Curalaba”, vendría a demostrar toda la carga racista y eurocentrista que ha caracterizado a buena parte de la historiografía chilena, ya que, desde la óptica mapuche, estos hechos bien podrían llamarse “la victoria –o triunfo- de Curalaba”. COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Revisión Histórica*, Santiago, 2003, p. 330.

¹⁰ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 28.

incluido en la gran colección oficial de tratados de paz de España del período 1598-1700, recopilados por José Antonio de Abreu y Bertodano.¹¹ En un sentido similar se manifiesta el Relator Especial de Naciones Unidas, Miguel Martínez Cobo, quien, a propósito de los parlamentos mapuches, “*se inclina a aceptar que el origen, causas y desarrollo de estos instrumentos jurídicos podría compararse prima facie y desde ciertos puntos de vista, a los de ciertos tratados indígenas en los territorios británicos y franceses de Norteamérica*”, así “*los mapuches (...) podrían quedar incluidos en la categoría de pueblos que ya han participado en un proceso de concertación de tratados*”.¹² Sobre la base de esta última opinión, incluso se ha llegado a decir que los parlamentos constituirían “*instrumentos de carácter internacional que mantienen su valor original y siguen estando vigentes*”, por lo que serían “*fuentes de derechos y obligaciones para todas sus partes originales (o sus sucesores)*”, quienes debieran respetar sus disposiciones de buena fe.¹³

2.2 Período republicano. Pérdida del territorio mapuche (1810 – 1866)

Con la independencia y el nacimiento de la República de Chile comenzó una nueva etapa en la legislación nacional, la que, inspirada en el liberalismo igualitario, puso fin al régimen legal de protectorado indígena heredado de la colonia, por considerarlo discriminatorio. Así, se estableció la igualdad ante la ley y la libertad para vender y comprar tierras indígenas.

A continuación, expondremos brevemente el contenido y efectos de estas leyes, principalmente en lo referido a tierras indígenas.

2.2.1 Primeras normas de inspiración liberal (1813 – 1830)

¹¹ PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*, Santiago, 2003, p. 43.

¹² MARTÍNEZ COBO, Miguel Alfonso, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999, párr. 109 y 157. Es de señalar que dicho estudio, si bien no tiene valor vinculante, es de gran utilidad, ya que abrió el debate internacional sobre esta materia.

¹³ AYLWIN, José, *Derecho indígena y derecho estatal en América Latina*, en LILLO, Rodrigo (coord.), *Resolución de conflictos en el derecho mapuche. Un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico*, Universidad Católica de Temuco, 2003, p. 137.

A. Decreto de 1 de julio de 1813

Ordenó la formación de villas en reemplazo de “*los pueblos de indios, mediante el remate público de sus tierras y el traslado de sus habitantes*” a dichas villas.¹⁴

Otro aspecto destacado de dicha norma consiste en que la misma supuso una suerte de reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, ya que su artículo 7° estableció una comisión que debía crear un reglamento político y económico para estas villas, “*análogo al carácter y costumbre de los indios y las circunstancias de estado particular del gobierno interior de estas poblaciones*”.¹⁵

B. Bando Supremo de 14 de marzo de 1819 (Bernardo O’Higgins)¹⁶

Declaró a los indígenas ciudadanos chilenos, libres e iguales. Además, les eximió del pago de tributos y suprimió el cargo de Protector de Naturales.

C. Ley de 10 de junio de 1823

Esta norma, más conocida como “Ley Freire”, establecía “*que lo actual poseído según ley por los indígenas se les declare en perpetua y segura propiedad*” (art. 3°); y que las tierras sobrantes fuesen medidas y tasadas para su venta en pública subasta (art. 4°).

De esta ley emanan numerosos “títulos de comisario”, otorgados principalmente a mapuches-huilliches de Chiloé y la zona de San Juan de la Costa (en las actuales regiones de Los Ríos y Los Lagos), y que luego fueron desconocidos por la ley y los tribunales.¹⁷

¹⁴ DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, *El estatuto jurídico de la persona indígena en el derecho patrio chileno (1819-1992)*, Tesis para optar al grado de magíster en derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000, p. 25.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 26.

¹⁶ “...*El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción preciosa de nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, i libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz y representación, concurriendo por sí mismos a celebrar toda clase de contratos, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar, a elegir las artes a que tengan inclinación, i a ejercer la carrera de las letras i de las armas correspondientes a su aptitud. Quedan libres desde esta fecha de la contribución de tributos (...). Queda suprimido el empleo de protector jeneral de naturales como innecesario.*”

¹⁷ Para aplicar la norma, el gobernador de Valdivia repuso el cargo colonial de Comisario de Naciones, quien debió deslindar las tierras indígenas, entregando a los caciques de la zona sus respectivos títulos de dominio, principalmente entre los años 1824 y 1848. Estos títulos, al ser otorgados por el Comisario de Naciones, recibieron la denominación de *títulos de comisario*. A fines del siglo XIX –explica Bengoa– sólo algunos títulos de comisario fueron protocolizados en notarías o inscritos en el Conservador de Bienes Raíces por los caciques; así, en la medida que no fueron reconocidos por los tribunales posteriormente, muchos mapuche-huilliches aparecían –y aparecen– ocupando tierras fiscales. En otros casos, a dichos títulos se ha sobrepuesto propiedad constituida e inscrita durante el siglo XX, “*planteándose así litigios de doble titulación*”. BENGUA,

D. Tratado de Tapihue (1825)

El tratado persiguió fijar las condiciones de paz entre chilenos y mapuches una vez finalizada la etapa conocida como “guerra a muerte”, que enfrentó a independistas y realistas entre 1819 y 1824. Entre otras materias, en el tratado se ratifica la frontera en el río Bío Bío, se regula el tránsito fronterizo con el uso de pasaporte y se reconoce expresamente la jurisdicción de los caciques ultra Bío Bío.¹⁸ Así, podría decirse que este instrumento importa un mutuo reconocimiento entre el naciente Estado chileno y el pueblo mapuche.

E. Decreto de 28 de junio de 1830

Dictado para regular y hacer efectiva la enajenación en pública subasta de las tierras sobrantes que pertenecían al Estado, una vez establecidas las villas que ordenaba el decreto de 1 de julio de 1813.

Consecuencias

En la zona central, estas disposiciones tuvieron resultados desastrosos para los indígenas, pues condujeron a la liquidación de los pueblos de indios y a la enajenación de todas las propiedades de los indígenas, debido a que los mismos fueron jurídicamente asimilados a los ciudadanos chilenos y sometidos a un derecho que no conocían ni entendían.¹⁹

En el sur, esta normativa dio comienzo al proceso de pérdida del territorio mapuche, lo que se vio acelerado luego con la penetración chilena y la colonización espontánea de la Araucanía. Así, la imposición de las formas legales chilenas, desconocidas y ajenas cultural y socialmente a los mapuches, significó en la práctica –aún cuando ello pudo no haber sido deliberado- la apropiación de sus tierras en condiciones de grave desigualdad por parte de

José, *Las tierras indígenas en la legislación chilena*, en COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*, Santiago, 1992, pp. 42-43.

¹⁸ “...queda desde luego establecido que el chileno que pase a robar a la tierra, y sea aprendido, será castigado por el Cacique bajo cuyo poder cayere; así como lo será con arreglo a las leyes del país el natural que se pillase en robos de este lado del Bío Bío que es la línea divisoria de esos nuevos aliados hermanos” (art. 19). “La línea divisoria no se pasará para esta, ni para aquella parte, sin el respectivo pasaporte de quién mande el punto por donde se pase, y el que lo haga sin este requisito será castigado como infractor de la ley” (art. 22).

¹⁹ DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), pp. 29-30. Véase también BENGUA, José, *La emergencia indígena en América Latina*, Santiago, 2007, pp. 183-187. Este último autor señala que como resultado “de las leyes de los ‘patriotas liberales’ (...) en un período de menos de cuarenta años desaparecen los indígenas de la zona central de Chile”.

colonos, agricultores, funcionarios públicos, comerciantes, entre otros. En otras palabras, “*las consecuencias de dicha ‘igualdad jurídica’ facilitaron que se adquiriera en forma ilícita y fraudulenta tal cantidad de tierras mapuche, que el Estado justificará una etapa posterior de disposiciones legales como ‘protectoras de indígenas’*”.²⁰

2.2.2 Legislación proteccionista (1852 – 1866)

A. Ley de 2 de julio de 1852

Crea la provincia de Arauco y autoriza al Presidente de la República para dictar las ordenanzas que estime conveniente para el mejor gobierno de La Frontera y la protección de los indígenas, promoviendo, al mismo tiempo, su “civilización”.

B. Decreto de 14 de marzo de 1853

Exigía la intervención del Intendente de Arauco o del Gobernador de Indígenas para la compraventa de tierras indígenas, así como su arriendo o empeño por más de 5 años; para su arriendo o empeño por menos de 5 años, bastaba la intervención del Gobernador de Indígenas o del Comisario del Territorio; la compra de terrenos superiores a 1.000 cuabras debía consultarlas el Intendente al gobierno.²¹

Se prohíbe al Intendente, Gobernador de Indígenas y otros funcionarios que ejerzan autoridad sobre ellos adquirir o recibir tierras indígenas por compra, arriendo, empeño o mediante cualquier otro mecanismo.

Para la infracción de estas normas, se estableció como sanción la nulidad de la venta o arriendo.

Se crea un registro especial para las tierras indígenas.

C. Decreto de 10 de marzo de 1854

Especifica que el decreto anterior se aplica a los contratos sobre tierras indígenas, sean o no indígenas los contratantes. Lo anterior, con el objeto de evitar las interpretaciones

²⁰ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche*, Santiago, 2003, p. 1418.

²¹ Es la primera limitación a la cabida de los terrenos que podían adquirir los particulares.

hechas por los particulares, en el sentido de que el decreto de 1853 sólo era aplicable a los indígenas y no a los privados.²²

D. Decretos de 4 de diciembre de 1855 y 9 de julio de 1856

Hacen aplicables los requisitos y restricciones anteriores en las nuevas provincias de Valdivia y Llanquihue.

E. Decretos de 5 de junio de 1856 y 23 de marzo de 1857

Estas normas dispusieron que los poderes otorgados por los indígenas para litigar, vender, hipotecar o arrendar sus tierras por más de 5 años, debían cumplir las mismas formalidades exigidas en el decreto de 1853.²³

F. Código Civil (1 de enero de 1857)

Si bien su dictación no se produjo en el marco de la legislación protectora ni contenía normas específicas referidas a los indígenas, dicho cuerpo legal –junto con el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces (1859)- tuvo consecuencias nefastas para los mapuches, ya que al no establecer la obligatoriedad de inscribir los títulos existentes hasta la fecha, las tierras indígenas que en esa época eran ocupadas por particulares fueron inscritas por éstos a su nombre, perdiendo así los indígenas el derecho que tenían sobre dichas tierras.²⁴

Por otra parte, la entrada en vigencia del Código Civil estableció un impedimento para la aplicación de la costumbre indígena, al prescribir que *“la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”* (art. 2°).

²² ALVAREZ, Marta y MARÍN, Claudia, cit. (nota 8), p. 16.

²³ Ambos decretos tenían por objeto terminar con las apropiaciones ilícitas de tierras indígenas por parte de particulares, pero *“no obstante la intervención de las autoridades en estos actos, los fraudes seguían adelante. Ello se explica porque la ley se limitó a conferirles las mismas facultades que tenía un escribano, no pudiendo por tanto verificar la validez de tales actos, ni tampoco si quienes concurrían eran o no indígenas. Esto se vio agravado por el hecho de que la ley no entregó un concepto de lo debía entenderse por indígena”*. VALENZUELA, Mylene, *La legislación mapuche y la política indígena del Estado chileno*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1992, p. 18.

²⁴ DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), pp. 40-41.

Consecuencias

Las normas proteccionistas no consiguieron los resultados perseguidos por el Estado, esto es, evitar la apropiación irregular de tierras indígenas y fiscales por parte de los particulares. Por lo tanto, se decidió implementar una nueva política, junto con la ocupación militar definitiva de la zona, dándose comienzo así al proceso que en nuestra historiografía se conoce como “Pacificación de la Araucanía”, impulsado por el coronel Cornelio Saavedra en 1859 y que finalizó en Villarrica –en 1883- con el aplastamiento del último foco de resistencia mapuche.

3. Ocupación, reducción, radicación y división de tierras mapuche (1859 – 1989)

3.1 Ocupación del territorio mapuche (1859 – 1883). Antecedentes y objetivos

Entre las diversas razones que se esgrimieron en la época para ocupar la Araucanía, destacan los argumentos relacionados con la soberanía, la unidad nacional y el desarrollo económico del país. La ocupación definitiva del territorio mapuche permitiría el ejercicio efectivo de la soberanía y administración política del Estado, incorporando nuevas tierras a la producción nacional y al mercado externo e interno.

Además, la influencia del evolucionismo en la sociedad criolla vino a proporcionar la justificación moral y científica de la necesidad de ocupar la Araucanía. Como anota José Bengoa, en la época se multiplicaban los artículos de prensa que presentaban a los mapuches como una “raza” en decadencia, degradada por el alcohol, lejos del pueblo heroico descrito por Alonso de Ercilla. Con ello, se formó la imagen de que los mapuches, además de acabados, eran cada vez menos, idea falsa por cierto, pero muy conveniente para ocupar la Araucanía, incorporar esas tierras a la economía nacional y someter a los indígenas al régimen reduccional.²⁵

Al respecto, resultan ilustrativos algunos párrafos de ejemplares del diario El Mercurio de 1859, transcritos por el historiador Jorge Pinto, los que vienen a explicitar una verdadera ideología de la ocupación.²⁶

²⁵ BENGOA, José, *Historia de un conflicto. El Estado y los mapuches en el siglo XX*, Santiago, 1999, p. 32.

²⁶ “No se trata sólo de la adquisición de algún retazo insignificante de terreno, pues no le faltan terrenos a Chile; no se trata de la soberanía nominal sobre una horda de bárbaros, pues ésta siempre se ha pretendido

Acerca de la ocupación y colonización de la Araucanía, nos recuerda Bengoa que en ese momento no hubo espacio para pensar en otras alternativas, pues las conductas de ayer –así como la historia en general- no deben ser analizadas ni juzgadas según categorías actuales.²⁷ Sin perjuicio de lo anterior, éste y otros autores rescatan voces de la época que, si bien no cuestionan la colonización de la Araucanía, sí discrepan de los métodos elegidos.²⁸

En el contexto recién explicado, las leyes posteriores apuntaron a confinar a los indígenas en territorios no enajenables –reducciones- para que las tierras restantes, que

tener: se trata de formar de las dos partes separadas de nuestra República un complejo ligado; se trata de abrir un manantial inagotable de nuevos recursos en agricultura y minería; nuevos caminos para el comercio en ríos navegables y pasos fácilmente accesibles sobre la cordillera de los Andes... en fin, se trata del triunfo de la civilización sobre la barbarie, de la humanidad sobre la bestialidad.” En el periódico, también se agrega, a propósito de los indígenas, que *“todo lo ha gastado la naturaleza en desarrollar su cuerpo, mientras que su inteligencia ha quedado a la par de los animales de rapiña, cuyas cualidades posee en alto grado, no habiendo tenido jamás una emoción moral...”*, concluyendo que *“los hombres no nacieron para vivir inútilmente y como los animales selváticos, sin provecho del género humano y una asociación de bárbaros, tan bárbaros como los pampas o como los araucanos, no es más que una horda de fieras que es urgente encadenar o destruir en el interés de la humanidad y en bien de la civilización”*. Véase PINTO, Jorge, *De la inclusión a la exclusión. La formación del Estado, la nación y el pueblo mapuche*, Santiago, 2000, pp. 131-132.

²⁷ BENGEOA, José, cit. (nota 25), Santiago, 1999, p. 36.

²⁸ Ya en 1845 señalaba Domeyko –partidario de la asimilación pacífica de los mapuches mediante misiones- que la política de *“reducir a los araucanos por el comercio, por el engaño legal o pillería o por la conquista militar, no es compatible con el carácter franco y generoso de una nación como Chile e indigno de un cristiano”* (DOMEYKO, Ignacio, *Araucanía y sus habitantes*, Santiago, 1997, pp. 66-67. Citado por PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*, Santiago, 2003, p. 34). El jurista Eulogio Altamirano rechazaba la guerra contra los mapuches y la donación a colonos, señalando que el camino a seguir era *“la compra gradual de los terrenos, para ir colonizándolos gradualmente también”*, cuidando de no permitir *“la concentración de grandes propiedades en una sola mano...”*, agregando que *“las tierras deben venderse y no donarse”* (ALTAMIRANO, Eulogio, *Algunas reflexiones sobre la colonización y conquista de Arauco*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en leyes, en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, 1859, t. XVI, pp. 774 y ss.) En 1864 sostenía el diputado Benjamín Vicuña Mackenna, en sesión de la Cámara, que las causas de la resistencia mapuche se hallaban en los defectos de las leyes sobre tierras indígenas, pues dejaron *“a los fronterizos los medios de despojar al indio hasta el punto de lanzarlo en abierta y atroz rebelión contra la república”*. (Estas dos últimas citas, y otras de la época, pueden hallarse en DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. [nota 14], pp. 44 y ss.). Oponiéndose a la ocupación militar, el diputado Ángel Custodio Gallo sostenía en sesión de la Cámara que *“si los indígenas no tienen aquí representantes de sus intereses, cada señor diputado debe hacerse su procurador i no consentir en una injusticia i en una verdadera iniquidad, con verdaderos o frívolos pretextos”*; en la misma sesión el también diputado José Victorino Lastarria señalaba que *“como consta de documentos públicos, se han mandado tropas a perseguir a los indios, a incendiarles sus casas, a robarles sus mujeres y niños...”*, lo que explica el estado de rebelión de los araucanos, concluyendo que *“...Si realmente lo que se quiere es traer esas tribus a la paz, nada más fácil: no hai más que darles confianza de que no se quiere arrebatarles sus propiedades”* (CÁMARA DE DIPUTADOS, sesión ordinaria núm. 35, 25 de agosto de 1870. Citados por BENGEOA, José, *Historia del pueblo mapuche, siglo XIX y XX*, Santiago, 2000, pp. 181-182).

serían de propiedad fiscal, pudieran ser rematadas, vendidas o entregadas a colonos nacionales y extranjeros.

3.2 La política de radicación y el establecimiento de reducciones (1866 – 1929)

3.2.1 Principales contenidos de la legislación del período

A. Ley de 4 de diciembre de 1866

Creó la Comisión Radicadora de Indígenas, compuesta por tres ingenieros designados por el Presidente de la República. Esta comisión tenía por objeto deslindar las tierras de propiedad indígena, otorgando un “título de merced” a la comunidad que acreditara posesión efectiva y continua del suelo durante un año al menos. Las tierras no asignadas a indígenas se reputan terrenos baldíos y, por consiguiente, pasan a ser propiedad del Estado.²⁹

Se restablece el cargo de Protector de Indígenas, especificándose sus funciones.³⁰

Establece limitaciones a los actos traslaticios de dominio de tierras indígenas, exigiendo la intervención del Intendente respectivo o del Gobernador de Indígenas.

B. Ley de 4 de agosto de 1874

Respecto de las tierras indígenas, amplía a los particulares las limitaciones a otros actos no traslaticios, como la hipoteca, anticresis, arriendo y cualquier otro contrato sobre tierras indígenas.

Prohíbe a los particulares adquirir por cualquier medio tierras indígenas situadas entre el río Malleco –por el norte- y la provincia de Valdivia, por el sur (art. 6° inc. 1°). Sin embargo, esta prohibición contemplaba una excepción (art. 6° inc. 2°) que “*en la práctica*

²⁹ “Los terrenos que el Estado posea actualmente y los que en adelante adquiriera, se venderán en subasta pública en lotes que no excedan de quinientas hectáreas. Sin embargo, una parte de los terrenos se destinará al establecimiento de colonias de nacionales o extranjeros...” (art. 3°).

³⁰ “...representará los derechos de los indígenas en todas las circunstancias que se ofrezcan, i especialmente en el deslinde de sus posesiones i en todos los contratos traslaticios de dominio.- Será también su obligación defender y ajitar la resolución definitiva de las cuestiones pendientes sobre la validez o nulidad de los contratos de venta o arriendo de terrenos de indígenas, efectuados con anterioridad a esta lei...” (art. 8°). Citado por DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, *Vida jurídica práctica contenida en los informes de los Protectores de Indígenas en Chile (1866-1930)*, en *Anuario iberoamericano de historia del derecho e historia contemporánea*, núm. 2, Santiago, 2002, pp. 103-104.

validó todas las usurpaciones de tierras indígenas efectuadas por los particulares” pues quedaban excluidas de esta prohibición las tierras indígenas cuyos títulos ya estuvieren inscritos conforme a la ley.³¹

Respecto de la prueba del estado civil de los indígenas, basta la posesión notoria de dicho estado, sin los otros requisitos exigidos en el Código Civil.³²

C. Ley de 20 de enero de 1883

Refuerza la prohibición a los particulares de adquirir tierras indígenas en el territorio indicado en la ley de 1874, agregando que la prohibición subsistirá por 10 años.³³

Restablece el cargo de Protector de Indígenas.³⁴

D. Leyes de 11 de enero de 1893 y 9 de enero de 1913

La primera de estas normas prorroga las prohibiciones por otros 10 años y las hace extensivas a los notarios, ampliando además su aplicación a las provincias de Valdivia, Llanquihue y Chiloé.

La segunda establece que el régimen de prohibiciones se mantendrá por tiempo indefinido, pues hasta entonces se había renovado sucesivamente cada 10 años.

3.2.2 Análisis y juicio crítico de la política de radicación y su aplicación práctica

Siguiendo las conclusiones de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato,³⁵ puede apreciarse que la legislación del período perseguía otorgar ordenadamente propiedad formal a los indígenas y a los particulares. Lo anterior, complementado con el restablecimiento de

³¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 40.

³² Esta norma consagra un principio que se ha venido repitiendo en varias leyes posteriores sobre la materia.

³³ El art. 1° prohibió “*cualquier otro contrato en virtud del cual se prive directa o indirectamente a aquellos de la posesión o tenencia del terreno (...) aún cuando el indígena o la reducción a quien pertenezcan tengan registrado su título de propiedad*”. Citado por DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), p. 62.

³⁴ El cargo quedó acéfalo en 1876, pues con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales de Justicia se entendió que quedaba suprimido. Por lo anterior, fue necesario que posteriormente se declarara expresamente el restablecimiento del cargo (Ley de 20 de enero de 1883). Sin embargo, el primer nombramiento luego de esta última ley se produjo recién en 1893, por lo que el cargo –en la práctica– no fue proveído entre 1876 y 1893.

³⁵ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003.

instituciones restrictivas de sus derechos –de origen colonial- para enajenar sus propiedades, junto con la reposición del Protectorado, quien debía representar a los indígenas en los procedimientos de constitución de propiedad en resguardo de sus intereses.

Sin embargo, estas leyes no fueron ejecutadas de la manera prevista, que disponía, en primer lugar, deslindar la propiedad indígena –mediante el otorgamiento de títulos de merced- y después, en los terrenos sobrantes, constituir propiedad estatal para rematar, vender o entregar a colonos. Muy por el contrario –como se consigna en las memorias que recopilaban los informes anuales de los Protectores- *“en muchas ocasiones se procedió primeramente a rematar hijuelas, a colonizar y en el sobrante se radicó a los indios... De aquí la escasa cabida de suelos que ha tocado a los indios... De aquí la desigualdad en la concesión de terrenos: al paso que a empresas particulares se conceden millares de há.s., a los indígenas de algunas zonas (...) apenas si alcanza a dos o tres há.s. por persona”*.³⁶

Además, para obtener los títulos de merced, los mapuches debían demostrar posesión sobre las tierras que les pertenecían inmemorialmente, pero la Comisión Radicadora –conforme a parámetros jurídicos de la cultura agrícola chilena- se limitaba a asignar la ruca y los huertos familiares, desconociendo los terrenos de pastoreo, ramoneo, extracción de leña y recolección de frutos y yerbas, tierras de montaña, vegas y lomajes no trabajados. Así, pasaron a manos no indígenas los territorios ancestrales en que se sustentaba la supervivencia material y cultural del pueblo mapuche.

De este modo, se limitó a los mapuches a subsistir en tierras de baja calidad agrícola y con alta concentración de población –6,18 hectáreas por persona como promedio-, mientras en el mismo período el Estado vendía a privados predios de 500 há.s. y entregaba gratuitamente a colonos extranjeros lotes *“de 40 hectáreas por cada padre de familia y de veinte hectáreas más por cada hijo varón mayor de doce años”*.³⁷

Finalmente, hay que tener presente que debido a la escasez de funcionarios y autoridades gubernamentales en el territorio mapuche que aún no había sido ocupado militarmente –principalmente entre los ríos Bío Bío y Toltén- la institucionalidad creada por la ley de 1866 sólo pudo tener aplicación efectiva casi treinta años después, lo que

³⁶ Extracto del informe del Protector Eulogio Robles, en COMISIÓN PARLAMENTARIA DE COLONIZACIÓN, *Informe, proyectos de ley y actas de las sesiones y otros antecedentes*, Santiago, 1912, pp. 144-145. Citado por COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *ibíd.*, p. 32.

³⁷ Art. 5º, letra a), Ley de 4 de agosto de 1874. Citado por BENGÓA, José, *Historia del pueblo mapuche, siglo XIX y XX*, Santiago, 2000, pp. 343-344.

favoreció la apropiación irregular de tierras indígenas por parte de particulares. Por esta razón, puede sostenerse que muchos de los títulos de *“propiedad particulares provienen de ocupaciones o, en el mejor de los casos, de ventas de terrenos efectuadas por indígenas presionados por hipotecas, préstamos, falsos testamentos, poderes también falsificados”*, pagarés firmados “a ruego” y toda clase de engaños y violaciones generales de la ley. En apoyo de la anterior aseveración, basta *“analizar cronológicamente las sucesivas prohibiciones establecidas por las leyes protectoras para conocer los distintos e ingeniosos mecanismos que los particulares utilizaban para constituir propiedad sobre posesiones indígenas”*.³⁸

Producto de este proceso, el pueblo mapuche quedó confinado *“a sólo un 10% aproximadamente de sus tierras ancestrales, quedando las 90% restantes en poder de no indígenas”*.³⁹

Estas irregularidades fueron denunciadas y reclamadas, judicial y extrajudicialmente –cuando no violentamente- por mapuches y, en menor medida, por no indígenas, acudiendo principalmente a los Protectores de Indígenas, quienes constataron y documentaron estas situaciones en los informes que debían presentar anualmente a la Inspección General de Tierras y Colonización (IGTC en adelante).

3.2.3 Informes de los Protectores de Indígenas

En 1896 se estableció la obligación de entregar estos informes,⁴⁰ los que fueron recopilados en memorias anuales de la IGTC. Dichos documentos poseen un inapreciable valor histórico jurídico, pues en ellos los Protectores nos muestran los problemas que tuvieron en el ejercicio de su cargo describiendo, además, *“las deficiencias de la legislación (...) referente a la manera de radicar a los indígenas, y las expoliaciones y*

³⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 35.

³⁹ *Ibíd.*, p. 39.

⁴⁰ Reglamento de la Inspección General de Tierras y Colonización, 20 de mayo de 1896.

*usurpaciones de que fueron víctima (...) gracias a las malas prácticas de los particulares no indígenas para burlar las leyes”.*⁴¹

Siguiendo el examen de estas memorias, el profesor Dávila clasifica los principales inconvenientes denunciados por los Protectores del siguiente modo:

A. La legislación protectora de los derechos y tierras indígenas fue ineficaz para impedir abusos y atropellos de los particulares.

En efecto, las leyes dictada entre 1866 y 1883 no prohibían la enajenación de tierras indígenas, sino que solo rodearon de formalidades especiales los actos de enajenación o gravamen, por lo que muy pronto los particulares hallaron el modo de *“burlar los propósitos perseguidos por aquellas leyes, creando, mediante subterfugios, títulos que luego registraban mediante ejecuciones simuladas”*.⁴²

B. El procedimiento legal contemplaba que sólo una vez hecha la radicación podía determinarse el sobrante que era de propiedad fiscal.

Por el contrario –como denunciaron varios Protectores- *“en muchas ocasiones se procedió primero a rematar hijuelas y entregar tierras a colonos y en el sobrante se radicó a los indios”*.⁴³

C. Insuficientes recursos, materiales de trabajo y empleados auxiliares para la institución del Protectorado.

Abundan las memorias en que los Protectores reclaman la contratación de ingenieros, agentes judiciales y otros colaboradores para desempeñar sus funciones. En cuanto a la falta de recursos y lo bajo de los salarios propios y de sus dependientes, las quejas son casi unánimes y se suceden año a año.⁴⁴

⁴¹ DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, *Vida jurídica práctica contenida en los informes de los Protectores de Indígenas en Chile (1866-1930)*, en *Anuario iberoamericano de historia del derecho e historia contemporánea*, núm. 2, Santiago, 2002, p. 108.

⁴² *Ibíd.*, p. 109.

⁴³ *Ibíd.*, p. 110.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 111-113. Como ejemplo, explica el autor que el salario de los Protectores –funcionario letrado- se mantuvo congelado en 291 pesos mensuales entre 1866 y 1918. En cambio, en un lapso incluso menor, entre 1866 y 1910, el sueldo de un juez letrado de capital de provincia aumentó de 291 a 1.200 pesos mensuales.

D. No se establecieron los requisitos para que una persona pueda ser considerada legalmente indígena.

Por lo anterior no fue difícil para los particulares burlar las normas protectoras “*haciendo comparecer a los naturales como no indígenas en los actos judiciales y en los contratos*” y, como denuncia el Protector de Llanquihue –Daniel Cerda- en su memoria de 1910, “*entre las excepciones corrientes está la de negar la calidad de indígena de los demandantes y negar al infrascrito la representación legal de ellos*” y en su memoria de 1911 insiste “*en la conveniencia de que una ley establezca quienes poseen la calidad de indígenas, calidad que les es negada en todo juicio*”.⁴⁵

E. El proceso de radicación de los indígenas en comunidades reducidas de terreno –que además no respetaron sus territorios ancestrales- acarrió una serie de conflictos con el Estado y los particulares, incluso entre los propios mapuches, que fueron descritos de forma detallada y denunciados reiteradamente en las memorias de los Protectores.⁴⁶

La variedad de abusos denunciados a los Protectores explican que aquéllos, en ejercicio de sus funciones, efectuaran presentaciones, solicitudes y reclamaciones ante diversas instituciones de naturaleza judicial y administrativa, tales como la Corte de

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 113.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 115-121. El Protector de Arauco –Manuel Labbé- señalaba que “*el régimen de comunidad en que viven a la fecha los indígenas en extensiones muy limitadas de terreno y apenas suficientes para que con su labor agrícola puedan sustentarse (...), es de una inconveniencia probada, por cuanto ella da origen a frecuentes disputas (...) que no siempre puede resolver administrativamente el Protector*” (*Memoria de La IGTC*, t. VIII, Santiago, 1912, pp. 657 y ss.). Teófilo Durán –Protector de Temuco- explicaba que como las tesorerías municipales no admiten pagos parciales de la contribución de haberes aquello dio lugar a “*abusos de los cobradores municipales, quienes, si los cometen con los grandes propietarios, como me consta, es natural que los cometen mayores con los indígenas, embargándoles sus pocos animales y privándoles a veces del goce de sus terrenos. Y este mal mucho mayor tratándose de indígenas no radicados, que no tienen deslindes fijos y que son considerados comuneros con el Fisco, a quienes, sin embargo, se cobra contribuciones por algo indeterminado y que seguirá siéndolo mientras no se les radique en forma...*” (*Memoria de La IGTC*, t. I, Santiago, 1899, pp. 31-32). El Protector Daniel Cerda –Llanquihue- expresaba que las “*disputas entre comuneros (...) antes de instalarse este Protectorado eran llevadas a la justicia ordinaria y ambos litigantes eran generalmente engañados por sus defensores, los que (...) abusando de la ignorancia de sus patrocinados, se hacían extender poderes generales con facultades de vender, arrendar o celebrar cualquier clase de contratos referente a los terrenos de los mandantes. En una palabra, generalmente los agentes judiciales, además del dinero con que se hacían pagar por las defensas, se hacían dueños en alguna forma y desposeían por sí o por intermedio de terceros a los indígenas de sus propiedades*” (*Memoria de La IGTC*, t. VI, Santiago, 1909, pp. 361 y ss.)

Apelaciones de Valdivia, otros juzgados de mayor y menor cuantía, jueces compromisarios, Carabineros, la Inspección de Colonización, la Comisión Radicadora, entre otras.

3.2.4 Comisión Parlamentaria de Colonización

Debido a las constantes denuncias de irregularidades relacionadas con la constitución de la propiedad en el sur, el Congreso decidió –a fines de 1910- crear una comisión mixta para investigar estos hechos y evacuar un informe proponiendo soluciones. Además de los informes de autoridades relacionadas con el tema –Comisión Radicadora, Protectores de Indígenas, etc.- la comisión parlamentaria recibió las reclamaciones de indígenas presentadas en su secretaría, así como también en las audiencias públicas que realizó en Santiago y en las principales ciudades del sur, entre los meses de febrero y junio de 1911.

Producto de esta labor la comisión documentó 2.117 reclamaciones de indígenas sobre diversas materias vinculadas a tierras indígenas, tales como, solicitudes de radicación u otorgamiento de títulos de merced, amparos en contra de particulares, aumentos de cabida, fijación de deslindes, remensura de terrenos, exenciones de pago de contribución de haberes, nulidad de escrituras de venta y otros contratos traslaticios de dominio, entre otras.

En su informe final, a propósito de las denuncias indígenas, dicha comisión concluyó que *“muchos reclamos son justificados: que los indígenas suelen ser víctimas de gentes inescrupulosas y a veces de inhumanas, que los hostilizan, los maltratan o se valen de argucias abogadiles para despojarlos de lo suyo; (...) que otros son perseguidos por vías de hecho o judicialmente por detentadores injustos de tierras del Estado, que aspiran por este medio a afirmar sus pretensiones de dominio sobre las mismas; que algunos concesionarios tratan de desalojar sin razón a personas establecidas dentro de sus concesiones; que hay ocupantes que se instalan donde no les corresponde; y que la acción de las autoridades aparece en ciertos casos amparando más las arbitrariedades del fuerte que los derechos del débil...”*⁴⁷

⁴⁷ COMISIÓN PARLAMENTARIA DE COLONIZACIÓN, *Informe, proyectos de ley y actas de las sesiones y otros antecedentes*, Santiago, 1912. Citada por COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Revisión Histórica*, Santiago, 2003, p. 370.

Para hacer más efectivo el sistema legal de protección de las tierras indígenas, la comisión parlamentaria propuso una serie de modificaciones⁴⁸ que pueden resumirse del modo siguiente:

A. Inscribir los títulos de merced en el Conservador de Bienes Raíces del Departamento en que estaban ubicados los terrenos señalados en el título respectivo.

El decreto de 14 de marzo de 1853 estableció la obligación de inscribir los títulos de merced en el registro especial que creó, pero con la entrada en vigencia del sistema registral de la propiedad raíz establecido en el Código Civil, no constaban dichos títulos de merced en los registros conservatorios. Debido a lo anterior, muchos Conservadores inscribieron compraventas sobre tierras indígenas, lo que hacía nacer un título aparente para el particular, quien generalmente se hacía dueño del predio.

B. Imponer penas a los notarios que otorgaran escrituras públicas sobre tierras indígenas, contraviniendo la prohibición expresa del artículo 2° de la ley de 11 de enero de 1893.

C. Prohibir a los indígenas desistirse por sí mismos de las acciones entabladas por los Protectores.

D. Eximir a los indígenas del pago de la contribución de haberes sobre sus tierras.

E. Facultar a los Protectores para dividir las reservas, adjudicando a cada comunero indígena un título individual de dominio sobre la porción que le corresponda.

Como puede apreciarse, desde principios del siglo XX comienza a cobrar fuerza la idea de que, en beneficio de los propios indígenas, debía ponerse fin al régimen de propiedad común de sus tierras, dividiendo las comunidades para asignar a cada comunero un título individual de dominio. Lo anterior permitiría terminar con los conflictos internos entre comuneros y los abusos de particulares para adueñarse de sus tierras. Además, se

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 373-374.

creía que con ello se lograría “civilizar” a los indígenas, pues así podrían abandonar los antiguos hábitos que los tenían sumidos en la pobreza.

Al respecto, resulta ilustrativo del pensamiento de la época lo informado por Daniel Cerda –Protector de Llanquihue- quien, en su memoria de 1909, al igual que muchos Protectores, sostiene “*que la manera de civilizar a los indígenas y de impedir los despojos de éstos es concluir con la comunidad en que viven, procediéndose a la demarcación y entrega de lo que le corresponde a cada indígena según sus derechos hereditarios*”.⁴⁹

Consecuencias

El proceso de radicación se extendió hasta la dictación de la Ley 4.802 (24 de enero de 1930), que suprimió la Comisión Radicadora de Indígenas. Durante el período en que funcionó dicha comisión –entre 1884 y 1929- se entregaron 2.918 títulos de merced, radicándose a 82.629 indígenas en 510.386,67 hectáreas entre las provincias de Arauco, por el norte, y Valdivia por el sur (ver tabla n° 1).

Tabla n° 1. Proceso de radicación (1884 – 1929).

Provincia	Títulos de Merced	Superficie (Hás.)	Personas	Hás./Persona
Arauco	77	9.700,59	2.477	3,92
Bío Bío	6	16.667,00	804	20,73
Malleco	280	80.900,75	9.455	8,56
Cautín	2.038	326.795,31	61.798	5,29
Osorno	477	70.852,32	7.091	9,99
Valdivia	40	5.470,70	1.004	5,45
Total	2.918	510.386,67	82.629	6,18

Fuente: AYLWIN, José y CORREA, Martín, *Tierra, territorio y desarrollo indígena*, Temuco, 1995, p. 58.⁵⁰

⁴⁹ *Memoria de La IGTC*, t. VI, Santiago, 1909, pp. 361 y ss. Citado por DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, *Vida jurídica práctica contenida en los informes de los Protectores de Indígenas en Chile (1866-1930)*, en *Anuario iberoamericano de historia del derecho e historia contemporánea*, núm. 2, Santiago, 2002, pp. 117-118.

⁵⁰ Citados por COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Revisión Histórica*, Santiago, 2003, p. 421.

A lo anterior hay que agregar el hecho de que la Comisión Radicadora fue suprimida antes de finalizar su labor, por lo que casi un tercio de la población mapuche quedó solo con el precario título de comisario –principalmente de las provincias de Osorno, Valdivia y Llanquihue- o simplemente sin título alguno sobre sus tierras.

En estas cifras y datos hallamos el origen del minifundio indígena, los que, sumados a las irregularidades constatadas y documentadas por los Protectores de Indígenas y la Comisión Parlamentaria de Colonización, vienen a constituir la prueba fehaciente de lo que se conoce como la “deuda histórica” del Estado chileno con el pueblo mapuche, pues debido a las políticas estatales los mapuches pasaron de un estado de autonomía y solvencia a una situación de confinamiento, precariedad y pobreza.

Así, el proceso de constitución de la propiedad en el sur dio origen, por una parte, al latifundio agrícola, ganadero y forestal de chilenos, extranjeros y empresas de colonización, generando también un grupo de pequeños y medianos propietarios chilenos y extranjeros; y, por otra parte, dio lugar a la constitución de una “*propiedad mapuche con características de minifundio comunitario*”.⁵¹ De este modo, la economía del pueblo mapuche, en expansión hasta mediados del siglo XIX, pasó a ser una economía de subsistencia durante todo el siglo XX.⁵²

3.3 El proceso de división de las comunidades (1927 – 1989)

La ocupación militar de la Araucanía y la radicación de los indígenas habían iniciado el proceso asimilatorio⁵³ del pueblo mapuche. Además, junto con la radicación,

⁵¹ CORREA, Martín, MOLINA, Raúl y YÁNEZ, Nancy, *La reforma agraria y las tierras mapuches, Chile 1962-1975*, Santiago, 2005, p. 55.

⁵² *Ibíd.*, pp. 42-43.

⁵³ Véase PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*, Santiago, 2003, pp. 24-33. Sobre el punto, explica el autor que la asimilación consiste en la incorporación del grupo minoritario y cultural diverso al grupo cultural dominante, exigiéndole el uso del lenguaje de la mayoría y la conformidad con el grupo mayoritario, con el consiguiente abandono de sus tradiciones y valores propios. Este proceso, que suele ser la respuesta más común a las diferencias étnicas, se funda en las siguientes premisas: 1°, superioridad de la cultura dominante, caracterizando a los indígenas como bárbaros o incivilizados, incapaces de apreciar su mejor interés; 2°, las leyes de la evolución, que habrían resuelto la desaparición inevitable de los pueblos indígenas; y 3°, la unidad y homogeneidad de la población como elementos necesarios de un Estado nacional. De este modo, las instituciones, leyes y políticas públicas –que responden a determinados patrones culturales- tienden a presentarse “*como valores neutrales o universales, tendiendo un velo conveniente sobre su especificidad histórica y cultural*”. Así, la imposición de la cultura e identidad dominantes, se hace equivaler, sin más, al advenimiento de la civilización.

una de las principales herramientas de asimilación fue su educación en castellano, con una visión criolla, católica y occidental. Ahora, para integrar definitivamente a los indígenas a la comunidad y costumbres chilenas debía procederse a la división de las comunidades para la titulación individual de sus tierras. Esto último, además, permitiría a los indígenas superar la pobreza en que se hallaban, pues abandonarían sus hábitos “incivilizados” y quedarían a resguardo de los abusos y argucias de los particulares y otros agentes.

A continuación, analizaremos los aspectos principales del contenido y efectos de la legislación dictada en este período.

3.3.1 Primeras leyes sobre división de las comunidades

A. Ley 4.169 (29 de agosto de 1927)

Creó un Tribunal Especial que podía proceder de oficio a la división de las comunidades que tenían título de merced, dando preferencia a las comunidades que lo pidan o hayan pedido. Para proceder a la división bastaba la solicitud de un solo comunero. Los comuneros no conformes con la división podían ser radicados por el Estado en otra región, en calidad de colonos.

Las hijuelas resultantes de la división debían inscribirse en los Registros de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces y del Conservador de Indígenas y, bajo ciertas condiciones (v. gr., si el indígena había recibido instrucción primaria o sabía leer y escribir), podían gravarse o enajenarse. Si no se cumplían estos requisitos, podían gravarse o enajenarse transcurridos 10 años, previa autorización judicial.

Previo a la división, el tribunal –sin forma de juicio- debía proceder a “*restituir la integridad de los terrenos comprendidos en el título de merced y en los planos respectivos*” (art. 5°). Este artículo fue introducido por el entonces Presidente de la Sociedad Caupolicán Defensora de la Araucanía –Manuel Manquilef- con la convicción de que el proceso de división permitiría recuperar tierras, pues ordenaba la remensura de los títulos de merced evidenciando así las usurpaciones de los predios colindantes. Sin embargo, “*en la práctica*

no se restituyó ningún derecho usurpado y más bien se consolidó la usurpación, pues la ley posterior eliminó esta norma".⁵⁴

B. Ley 4.802 (24 de enero de 1930) y sus modificaciones

Suprimió la Comisión Radicadora de Indígenas y el Tribunal Especial de división y, en su reemplazo, creó 5 Juzgados de Indios que debían dividir de oficio las comunidades, cuyos jueces tenían facultades de árbitro arbitrador, fallando de acuerdo a su prudencia y equidad.

Estableció que la autorización judicial sería el único requisito para gravar o enajenar las hijuelas resultantes de la división.

En caso de conflicto de derecho entre títulos de particulares y un título de merced, la ley hace prevalecer el título del particular. En efecto, en caso de particulares condenados judicialmente a restituir tierras indígenas, *"la ley estableció la expropiación de esos terrenos en favor del ocupante vencido"* si en virtud de las obras o mejoras realizadas, se estimaba que había utilidad general en que continúe con su posesión.⁵⁵

Además, esta ley eliminó la norma que obligaba a restituir los derechos usurpados, previo a la división.

C. Decreto con Fuerza de Ley 266 (20 de marzo de 1931)

Suprimió la facultad de dividir de oficio las comunidades, estableciendo que los Juzgados de Indios solo podrían proceder previa solicitud de un tercio de los comuneros.

Eximió a las tierras indígenas con título de merced del pago de contribuciones o impuestos territoriales por un lapso de 5 años.

Estableció un plazo de prohibición de 10 años para enajenar o gravar las hijuelas resultantes de la división.

Dicha prohibición fue prorrogada hasta 1942, año en que no se volvió a prorrogar la restricción. Lo anterior tuvo consecuencias nefastas para los indígenas, ya que aproximadamente *"en cuatro años se traspasaron a manos no mapuches cerca de 100.000 hectáreas de tierras divididas o indivisas, reducciones enteras se incorporaron a fundos*

⁵⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 41.

⁵⁵ ALVAREZ, Marta y MARÍN, Claudia, cit. (nota 8), pp. 30-31.

vecinos”.⁵⁶ Ante estos desastrosos resultados, la Ley 8.736 (28 de enero de 1947) repuso el requisito de la autorización judicial previa para disponer de tierras indígenas y, además, dio efecto retroactivo a sus disposiciones para así salvar la omisión en que se incurrió al no prorrogarse la prohibición establecida en la Ley 4.802 durante el lapso que medió entre el 11 de febrero de 1943 y el 7 de febrero de 1947.⁵⁷

D. Decreto Ley 4.111 (12 de junio de 1931)

Este decreto fijó el texto refundido del DFL 266 y de las leyes 4.169 y 4.802, manteniendo el quórum de un tercio de los comuneros para solicitar la división de la comunidad y la prohibición de enajenar tierras indígenas durante el plazo de 10 años.

Declaró la inembargabilidad de las propiedades indígenas con título inscrito.

Además, dispuso que los indígenas solo podían recibir tierras en una sola comunidad, aun si figuraban en varios títulos de merced. Esta norma fue muy criticada por las organizaciones mapuches de la época, por constituir una negación de lo que les correspondía por herencia según su costumbre.⁵⁸

3.3.2 Leyes de Constitución de la Propiedad Austral

Se trata de una serie de normas dictadas con el objeto de regularizar la posesión de las tierras ocupadas por particulares en el sur del país y que, sin tratar específicamente sobre tierras indígenas, tuvieron incidencia directa en la posesión y propiedad de las mismas.

⁵⁶ DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), pp. 117-118.

⁵⁷ *Ibid.* Según explica el mismo autor, dicha ley quebrantaba la garantía constitucional del derecho de propiedad consagrada en la Carta Fundamental de 1925, situación que dio lugar a la interposición de numerosos recursos de inaplicabilidad, los que fueron resueltos en favor de los recurrentes. En todo caso, debido al efecto relativo de las sentencias, cada particular demandado en juicio de restitución necesariamente debía interponer el recurso de inaplicabilidad, so pena de verse privado de su predio como consecuencia del efecto retroactivo de la Ley 8.736.

⁵⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 42.

A. Decreto Ley 605 (14 de octubre de 1925)

Sanea definitivamente, respecto del fisco, “*los títulos inscritos fraudulentamente antes del 11 de enero de 1893*”, pues exime a los particulares con título inscrito de la obligación de demandar al fisco su derecho.⁵⁹

Prohíbe a los particulares acogidos a esta ley formar predios de más de 5 mil hectáreas por la reunión de dos o más lotes contiguos (art. 36).⁶⁰

B. Decreto Supremo 1.600 (14 de abril de 1931)

Este decreto fijó el texto refundido de las leyes 4.310 y 4.520 (1928), 4.600 (1929), 4.909 (1929) y DFL 39 (1931), estableciendo en su art. 2° que “*continuará radicándose a los indígenas con arreglo a las leyes vigentes sobre la materia, sin perjuicio de que puedan acogerse a esta ley*”.

Esta disposición evidencia la desprolijidad del legislador de la época al regular la materia, pues se trata de una norma absolutamente inaplicable, toda vez que –como ya vimos- la Ley 4.802, del año 1930, puso fin al proceso de radicación al suprimir la Comisión Radicadora.

C. Decreto con Fuerza de Ley 260 (26 de mayo de 1931)

Para solucionar los conflictos entre particulares, incluidos los indígenas, establece “*una prescripción de corto tiempo, mediante la cual se extingan los derechos que pudieran hacerse valer por terceros en contra de los actuales poseedores*” (considerando 3°). De este modo, los particulares que obtuvieron la validación de sus títulos mediante decreto presidencial, se hacían dueños del predio por prescripción adquisitiva, transcurridos dos años desde la publicación del decreto presidencial sin demanda judicial en su contra.

Así, los indígenas no radicados o sin título quedaron en una situación muy precaria frente a los particulares que ocupaban materialmente sus tierras.

⁵⁹ DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), p. 110.

⁶⁰ Sobre el punto, es de destacar que las radicaciones de indígenas –que comprendían varias familias- no podían superar las 300 hectáreas. Huelgan mayores comentarios.

3.3.3 Dirección de Asuntos Indígenas (DASIN)

La creación de este organismo, mediante el DFL 56 (25 de abril de 1953), se produce bajo el contexto de la influencia del movimiento indigenista⁶¹ en América y marca el resurgimiento en Chile de las instituciones mediadoras para abordar la materia. El nacimiento de esta institución, dependiente del Ministerio de Tierras y Colonización, fue producto de un acuerdo entre la Corporación Araucana –liderada por el diputado mapuche Venancio Coñopán- y el Presidente Carlos Ibáñez, como pago político por haber facilitado la difusión del ibañismo en la Araucanía.

De este modo, la Corporación Araucana vio sus principales objetivos plasmados en la ley que creó la DASIN, deteniendo el proceso de división de las comunidades y buscando revertir la pobreza de los mapuches mediante una explotación racional de los recursos, implementándose subsidios a los cuales podían acceder los indígenas organizados como cooperativas o sociedades. Todo lo anterior, manteniendo las formas comunitarias de posesión de la tierra.

Otros logros del movimiento mapuche durante este período fueron el establecimiento del primer programa de becas para estudiantes indígenas y, por primera vez, la exención del pago de contribución de haberes –durante 10 años (mediante ley de 1952)- respecto de las tierras de propiedad individual mapuche.

Si bien puede destacarse el establecimiento de este organismo como un primer esfuerzo de enfrentar el problema del desarrollo mapuche desde un punto de vista socioeconómico⁶² –y no solo referido a tierras indígenas-, debido a la “*dramática escasez de recursos humanos y materiales*” la DASIN no pudo atender la enorme demanda

⁶¹ El indigenismo nace en los años '20 y, bajo la influencia del gobierno de México, consigue en la década del '40 sustituir las políticas asimilacionistas de muchos gobiernos de la región. Por una parte, el indigenismo denuncia la pobreza y explotación de los pueblos indígenas y, por otra, apunta a su desarrollo socioeconómico mediante el impulso de políticas, legislaciones e instituciones indigenistas, protegiendo –al mismo tiempo- sus tierras, lenguas y costumbres. Pese a los cuestionamientos que puedan hacerse hoy acerca del eurocentrismo o paternalismo de varios de sus planteamientos, sin dudas el indigenismo constituyó un avance en relación con las políticas anteriores y puso en la agenda pública la cuestión indígena en países como el nuestro, en los que se había invisibilizado dicha problemática.

⁶² DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), p. 120.

mapuche de asistencia jurídica ni llevar a cabo “*la debida organización de las comunidades existentes*” (art. 3° del DFL 56).⁶³

Además, la DASIN pretendía hacerse del control de los Juzgados de Indios, situación que, como consta en muchos artículos y textos de la época, encontró una fuerte oposición parlamentaria y mucha resistencia en el Poder Judicial.⁶⁴

3.3.4 Ley Indígena n° 14.511 (3 de enero de 1961)

Esta nueva ley indígena derogó una serie de normas anteriores y regula distintas materias, cuyos aspectos más importantes –que mencionamos a continuación- reflejan la recepción de algunos postulados del indigenismo:

- Deroga el DL 4.111 (1931) y las leyes 7.864 (1944) y 8.376 (1947), estableciendo cinco Juzgados de Letras de Indios.
- Para solucionar los conflictos de competencia entre los juzgados y DASIN, prescribe que esta última institución debía abocarse a los asuntos de desarrollo indígena y los juzgados a los problemas legales y judiciales sobre tierras, con competencia –entre otras materias- en división de comunidades, restitución de tierras y autorizaciones para enajenar tierras indígenas.
- Las tierras indígenas con título de merced son inembargables y no pueden enajenarse, sólo pueden gravarse en favor del Banco del Estado u otras instituciones en que el fisco tenga aportes de capital o representación (art. 19 y 27).
- Para la división de comunidades se necesita la solicitud de un tercio de los comuneros y sólo podrán obtener el dominio de las hijuelas resultantes los que viven o laboran en ella.
- Las hijuelas resultantes no pueden enajenarse o gravarse sino después de 15 años desde su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces (art. 22). Sin embargo, con autorización judicial pueden enajenarse, siempre que haya necesidad o utilidad manifiesta de vender (art. 22 inc. 3°). También requiere autorización del

⁶³ VERGARA, Jorge, FOERSTER, Rolf y GUNDERMAN, Hans, *Instituciones mediadoras, legislación y movimiento indígena de DASIN a CONADI (1953-1994)*, en *Atenea*, núm. 491, Universidad de Concepción, 2005, pp. 74-75.

⁶⁴ *Ibíd.*

juez cualquier acto o contrato que prive o pueda privar al indígena del uso, goce o tenencia de su tierra, tales como arrendamiento, aparcería, comodato (art. 23).

- No precisan autorización judicial los indígenas que tengan título profesional o que hayan rendido sexto año de humanidades (art. 29).

- Al igual que la Ley 4.802 (1930), hace prevalecer los títulos de particulares frente a los de merced, ya que mantiene la facultad expropiatoria del fisco en favor del particular vencido (art. 68 y ss.) De este modo, *“los juicios de restitución se convertían generalmente en juicios de indemnización”*.⁶⁵

- Para los indígenas carentes de título de merced, se conserva el sistema de radicación en comunidades.

- Establece un sistema de crédito indígena para fomentar la producción de sus tierras mediante apoyo financiero, el que no prosperó, ya que los préstamos eran individuales y por montos muy exigüos.

3.3.5 Período de la reforma agraria⁶⁶ (1962 – 1973)

Durante esta etapa se dictaron en nuestro país dos leyes destinadas a regular de modo general el proceso de reforma agraria que se estaba llevando a cabo. Si bien dicha normativa no trataba la problemática indígena, la misma sirvió de marco legal y fue aprovechada por el movimiento mapuche –en aumento desde mediados del siglo XX- para canalizar sus reivindicaciones con resultados exitosos en la restitución y ampliación de tierras para sus comunidades.⁶⁷

A continuación, expondremos brevemente los principales aspectos jurídicos de las leyes generales de reforma agraria –así como sus modificaciones y normativa referida al pueblo mapuche- y analizaremos los resultados de su aplicación práctica en los distintos períodos presidenciales, principalmente en lo referido a las tierras indígenas.

⁶⁵ DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), p. 123.

⁶⁶ La reforma agraria es un proceso que se dio en toda Latinoamérica y que tuvo por finalidad modificar la estructura agraria latifundista, que en nuestro país había demostrado su ineficacia económica, productiva y social, principalmente en la zona sur. Por esta vía se buscaba resolver dichas ineficacias productivas y terminar con el estado de postergación económica y social del campesinado.

⁶⁷ VERGARA, Jorge y otros, cit. (nota 63), p. 75.

A. Primera ley de reforma agraria (1962 – 1967)

La Ley 15.020 (27 de noviembre de 1962) tuvo escasos resultados para los mapuches. Durante el gobierno de Jorge Alessandri (1958-1964) sólo 2.399,8 hectáreas fueron entregadas a comunidades indígenas. Sobre el particular, es de señalar que dichas tierras no correspondían a territorios reclamados por los mapuches ni fueron el resultado de un proceso de expropiación, sino que fueron transferidas por CORFO a la Corporación de Reforma Agraria –CORA en adelante- para recibir a las familias indígenas provenientes de la costa que fueron afectadas por el terremoto de 1960 (ver tabla n° 2).

Luego, en el gobierno de Eduardo Frei Montalva (1964-1970), bajo la misma modalidad anteriormente descrita –transferencias de CORFO a CORA- fueron entregadas 9.913,5 hectáreas a distintas comunidades mapuches.

Los magros resultados de la Ley 15.020 para las reivindicaciones mapuches, así como para su objetivo de reformar la estructura agraria del país, se deben no sólo a la falta de voluntad política de los gobiernos de la época, sino –principalmente- a las deficiencias legales de dicha norma.⁶⁸ Por lo anterior, surgió la necesidad de promulgar una nueva ley que regule el proceso de reforma agraria.

B. Segunda ley de reforma agraria (1967 – 1973)

Con anterioridad a la nueva legislación sobre reforma agraria, fue aprobada la ley de reforma constitucional n° 16.615 (20 de enero de 1967), que sustituyó completamente el numeral 10° del art. 10 de la Carta Fundamental de 1925, consagrando constitucionalmente la función social de la propiedad y autorizando la expropiación por causa de utilidad pública o interés social.⁶⁹

⁶⁸ Véase CORREA, Martín, MOLINA, Raúl y YÁNEZ, Nancy, *La reforma agraria y las tierras mapuches, Chile 1962-1975*, Santiago, 2005, pp. 77 y ss. Sostienen estos autores que el fracaso de dicha ley halla su explicación –fundamentalmente y entre otras- en las siguientes causas: inconveniente sistema de indemnización (valor comercial del predio); ausencia de una causal fundamental para una reforma agraria, exceso de superficie o cabida; y, finalmente, lento y engorroso trámite de toma de posesión material del predio expropiado, pues debía esperarse sentencia de término en caso de oposición judicial.

⁶⁹ Para una análisis más extenso sobre dicha reforma y sus alcances, véase SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María, *Derechos humanos en la Constitución de 1925*, en *Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, Universidad de Talca, 2003, pp. 245-257.

Bajo el nuevo régimen constitucional del derecho de propiedad, se aprobó la segunda ley de reforma agraria, n° 16.640 (28 de julio de 1967), normativa que tuvo escasa participación mapuche en su discusión, por lo que –pese a las recomendaciones de algunos organismos internacionales⁷⁰- no abordó la problemática mapuche en su especificidad. De este modo, sólo un precepto (art. 72, letra d) de la nueva ley se refería a los indígenas, específicamente a los miembros de una comunidad con título de merced, estableciendo su derecho a postular como beneficiarios de un asentamiento⁷¹ de reforma agraria en tierras efectivamente ocupadas por ellos, lo que excluía tierras usurpadas, esto es, en manos de terceros.⁷²

No obstante la observación anterior, valga destacar que la Ley 16.640 superó las insuficiencias de la ley anterior,⁷³ sentando las bases legales para llevar a cabo una efectiva reforma de la estructura agraria del país.

Este nuevo cuerpo legal fue aprovechado por el movimiento mapuche, el que, con una estrategia novedosa, prescindió de los Juzgados de Indios⁷⁴ para conseguir en favor de las comunidades indígenas la expropiación de las tierras reivindicadas. Lo anterior –muchas veces en conjunto con organizaciones campesinas de izquierda- mediante tomas u ocupaciones de fundos aledaños a las comunidades y, también, efectuando “corridos de cerco” hasta los antiguos deslindes de los títulos de merced.

⁷⁰ Por mandato de la Carta de Punta del Este (1961) –suscrita por los países de la OEA- el Comité Interamericano de Desarrollo Agropecuario (CIDA), en su informe sobre Chile (1966), sostiene que el problema mapuche –por su especificidad- precisa de un tratamiento legal diferenciado, ya que sus demandas de tierras se fundan en un acto de reparación, de recuperación de tierras usurpadas, y no de justicia social, como promueve la reforma agraria. También concluye el estudio que las formas comunitarias de tenencia de tierras mapuches son viables económica y socialmente bajo ciertas condiciones (v. gr., aumento de superficie, apoyo técnico y crediticio), desaconsejando la subdivisión de las mismas. CIDA, *Chile: Tenencia de la tierra y desarrollo socioeconómico del sector agrícola*, 1966. Citado por CORREA, Martín, y otros, cit. (nota 68), pp. 101-104.

⁷¹ La Ley 16.640 definía el asentamiento en su art. 66 como “*la etapa transitoria inicial de la organización social y económica de los campesinos, en la cual se explotan las tierras expropiadas por la Corporación de Reforma Agraria, durante el período que media entre la toma de posesión material hasta*” su asignación definitiva o en propiedad.

⁷² CORREA, Martín, y otros, cit. (nota 68), pp. 86 y 105.

⁷³ A las anteriores causales de expropiación (predios abandonados o mal explotados) se agregó –entre otras- la de exceso de cabida (80 hectáreas de riego básico); se sustituyeron los parámetros de indemnización (avalúo fiscal más mejoras); y se agilizó el trámite de toma de posesión material de los predios expropiados.

⁷⁴ Judicatura especial creada en 1930 (Ley 4.802) que –a la sazón- había demostrado su total inoperancia para resolver los litigios sobre tierras indígenas, pues a su amparo no sólo no se había verificado ningún proceso significativo de recuperación de tierras, sino que incluso –en muchas ocasiones- se habían revocado títulos de merced en favor de particulares. Por lo anterior, dichos juzgados gozaban de pésima reputación entre los indígenas.

B.1 Reforma agraria y tierras indígenas bajo el gobierno de Frei (1964 – 1970)

Con la nueva ley –n° 16.640- los mapuches recibieron 10.682,3 hectáreas, siendo beneficiados individualmente, como miembros de asentamientos de reforma agraria. De estas tierras, muy pocas tuvieron su origen en expropiaciones, ya que la mayoría fueron transferidas por CORFO a la CORA. Si a la cifra anterior agregamos las hectáreas entregadas a los indígenas por aplicación de la Ley 15.020 (9.913,5 hectáreas), tenemos un total de 20.595,8 hectáreas otorgadas a mapuches durante el mandato del presidente Frei Montalva (ver tabla n° 2).

B.2 Reforma agraria y tierras indígenas durante la Unidad Popular (1970 – 1973)

Durante el gobierno de Allende tuvo lugar un proceso de profundización y extensión de la reforma agraria hacia el pueblo mapuche. Así, la política indígena apuntará a la ampliación de sus tierras, la eliminación del minifundio y la generación de asociaciones productivas indígenas, colectivas o comunitarias –asentamientos o cooperativas-, de tipo campesino, *“dejando en un segundo plano las reivindicaciones culturales y étnicas”*.⁷⁵

En este contexto, podemos destacar los siguientes logros para las reivindicaciones del movimiento mapuche:

Creación de la Comisión de Restitución de Tierras Usurpadas (dependiente de la DASIN), la que tenía por tarea restituir a las reducciones las tierras usurpadas al interior de los títulos de merced. Dicha comisión carecía de facultades expropiatorias, por lo que mediante negociaciones y otros instrumentos jurídicos obtuvo en favor de las comunidades indígenas la restitución de 68.341 hectáreas durante el año en que funcionó, 1971.

En apoyo a las comunidades indígenas durante la reforma agraria se crearon nuevas instituciones –Instituto de Capacitación Mapuche, Instituto de Desarrollo Indígena (IDI)- y se incorporaron numerosos organismos, tales como CORA, INDAP, INACAP, SAG, SEAM (Servicio Agrícola Mecanizado), CONAF, CORFO, DASIN, Banco del Estado, entre otros, para así hacer efectivos los planes de asistencia técnica y apoyo crediticio.

Como resultado del proceso de reforma agraria en la Araucanía, 129.420,88 hectáreas fueron expropiadas en beneficio de comunidades mapuches (ver tabla n° 2).

⁷⁵ VERGARA, Jorge y otros, cit. (nota 63), p. 75.

Dicha cantidad, sumada a la superficie restituida por la Comisión de Restitución de Tierras Usurpadas (68.341 hectáreas), arroja un total de 197.761,88 hectáreas entregadas a indígenas durante el mandato de Allende.

Tabla n° 2. Superficie expropiada a favor de mapuches durante la reforma agraria por gobierno (1962 – 1973)

Gobierno	Período	Legislación	Superficie (Hás.)
Alessandri	1958-1964	Ley 15.020	2.399,80
Frei	1964-1970	Leyes 15.020 y 16.640	20.595,80
Allende	1970-1973	Ley 16.640	129.420,88
Total	1962-1973	Leyes 15.020 y 16.640	152.416,48

Fuente: Elaborada en base a datos de las Carpetas de Expropiación CORA, Departamento de Tenencia de la Tierra del Servicio Agrícola Ganadero (SAG).⁷⁶

Si bien cabe destacar el aumento de tierras que beneficiaron a las comunidades indígenas durante el gobierno de Allende, aplicando los mecanismos legales de la reforma agraria, hay que señalar que el movimiento mapuche demandaba la derogación de la Ley 14.511 y la promulgación de una nueva ley indígena.

3.3.6 Ley Indígena n° 17.729 (26 de septiembre de 1972)

El anteproyecto de esta nueva ley indígena fue entregado al presidente Allende por las propias organizaciones mapuches con ocasión del Segundo Congreso Nacional Mapuche –celebrado en Temuco el 20 de diciembre de 1971- y fue aprobado por el Parlamento con numerosas modificaciones introducidas en el Senado.

No obstante los cambios en el proyecto original, este nuevo cuerpo legal constituyó un avance para el movimiento mapuche, pues abordó la problemática indígena en su especificidad,⁷⁷ recogiendo muchas de sus demandas, que apuntaban a detener el proceso

⁷⁶ CORREA, Martín, y otros, ob. cit. (nota 68), pp. 214-220.

⁷⁷ El Mensaje del Ejecutivo indicaba que *“la problemática de los grupos indígenas es distinta a la del resto del campesinado, por lo que debe ser observada y tratada con procedimientos también distintos... En cuanto tiene conciencia que por centenares de años ha sido el dueño de la tierra su actitud es la de quien se siente desposeído de algo que en justicia le pertenece, en tanto, para los restantes campesinos, el logro de la tierra constituye una conquista. Su bandera de lucha es la recuperación, mientras para los demás, es la distribución para quienes mejor la trabajen...”*. CÁMARA DE DIPUTADOS, sesión núm. 35, 14 de septiembre de 1971.

de división de las comunidades y estableciendo mecanismos para restituir tierras usurpadas. Además, se trata de la primera norma que define legalmente la calidad de indígena incorporando su dimensión étnica.⁷⁸

A continuación, expondremos sus contenidos más destacados y novedosos:⁷⁹

i) Tiene como objetivo la transformación de los sistemas de tenencia y explotación individual de las tierras indígenas por formas cooperativas o comunitarias.

ii) Crea el Instituto de Desarrollo Indígena –IDI- (en reemplazo de la DASIN) para *“promover el desarrollo social, económico, educacional y cultural de los indígenas y procurar su integración a la comunidad nacional, considerando su idiosincrasia y respetando sus costumbres”* (art. 34). Para lo anterior se implementaron planes de desarrollo agropecuario y se aumentó el número de becas y hogares estudiantiles para indígenas.

iii) Reforma integral de la judicatura indígena, suprimiendo los Juzgados de Indios y estableciendo un procedimiento verbal y breve ante el juez letrado respectivo, junto con asegurar asistencia y defensa jurídica gratuitas (art. 53 y siguientes).

iv) En cuanto al régimen de tierras, podemos mencionar los siguientes aspectos:

- Concepto restrictivo de tierras indígenas para su protección y restitución, excluyendo las tierras divididas entre los años 1930 y 1972, las tierras con títulos de comisario, entre otras (art. 2°).⁸⁰

- Consagra dos medios de recuperación de tierras: la restitución (art. 17), a cargo del Consejo Superior del IDI;⁸¹ y la expropiación (art. 29), a cargo de la

Citado por COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Revisión Histórica*, Santiago, 2003, pp. 409-410.

⁷⁸ Quien *“habitando en cualquier lugar del territorio nacional, forme parte de un grupo que se exprese habitualmente en un idioma aborígen y se distinga de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo o religión, provenientes de los grupos autóctonos del país”* (art. 1° n° 3).

⁷⁹ Sobre el punto, véase CORREA, Martín, y otros, cit. (nota 68), pp. 190-200.

⁸⁰ Debido a esta reforma introducida en el Senado, muchas organizaciones indígenas quitaron su respaldo a esta ley antes de su promulgación.

CORA, a petición y en representación del IDI, salvo aquellas tierras que la ley declara inexpropiables (art. 30).

- Aumentar la cabida de las tierras mapuches a través de los siguientes mecanismos: garantizando a cada familia una unidad agrícola familiar (50 hectáreas);⁸² incorporándolos al proceso de reforma agraria estableciendo una preferencia para ser beneficiarios de los predios expropiados; creando el Fondo de Tierras, e indemnizando a los comuneros ausentes declarando la caducidad de sus derechos, de este modo se reducía el número de comuneros al interior de los títulos de merced.

- Para la protección de las tierras indígenas se prohibió su enajenación o arrendamiento, salvo entre indígenas, declarándose también su inembargabilidad e indivisibilidad, salvo a solicitud de la mayoría absoluta de los comuneros. Además, se impuso a los Notarios y Conservadores la obligación de velar por el cumplimiento de esta normativa, y se estableció que los actos celebrados con infracción de esta ley adolecerían de nulidad absoluta e imprescriptible.

Haciendo un balance de este cuerpo legal, la mayoría de los autores está de acuerdo en que constituyó un hito en la relación de los pueblos indígenas con el Estado chileno, ya que —entre otros aspectos— *“por primera vez en la historia republicana se disponía de medios jurídicos efectivos para la restitución de las tierras indígenas usurpadas”*.⁸³ Además, es la primera ley que se refiere a los indígenas *“más allá de su relación con la tierra”*; en definitiva, *“se trata de un serio intento de regular la cuestión indígena de una manera integral”*.⁸⁴ No obstante lo anterior, varios analistas identifican como una falencia el *“carácter marcadamente campesinista y no indigenista”* de las políticas indígenas de la

⁸¹ Este Consejo Superior, encargado de la dirección ejecutiva del IDI, estaba compuesto por 16 miembros, entre los cuales debía contar con *“siete representantes campesinos mapuches, elegidos en votación unipersonal, directa y secreta por los campesinos mapuches...”* (art. 40, letra j).

⁸² Esta política era absolutamente irrealizable, ya que la aplicación de dicha fórmula significaba disponer, aproximadamente, de 2.500.000 hectáreas para el pueblo mapuche. VALENZUELA, Mylene, *La legislación mapuche y la política indígena del Estado chileno*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1992, p. 104.

⁸³ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Revisión Histórica*, Santiago, 2003, p. 410.

⁸⁴ ANDUEZA, Pablo, *La nueva ley indígena chilena. Historia, contexto internacional y análisis normativo*, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 42, Universidad de Valparaíso, 1997, p. 237.

Unidad Popular, ya que éstas se orientaron “a incorporar a los mapuche a un proyecto político –en este caso socialista- basado en un análisis de clase y no en uno de tipo étnico-cultural”.⁸⁵

Finalmente, hay que señalar que esta ley prácticamente no tuvo impacto por el breve lapso en que alcanzó a operar, ya que, a poco andar desde su entrada en vigencia sobrevino el golpe de Estado (11 de septiembre de 1973) y sus normas cayeron en desuso.⁸⁶

3.3.7 Período de la contra reforma agraria (1973 – 1989)

El régimen militar dio inicio a una nueva política –denominada “Regularización de la Tenencia de las Tierras”- destinada a revertir el proceso de reforma agraria, devolviendo a sus antiguos dueños las tierras expropiadas –mediante la revocación de las expropiaciones- o subdividiéndolas para constituir propietarios individuales.

Como consecuencia de este proceso, la mayoría de los predios expropiados a favor de mapuches fue devuelto a sus dueños anteriores –98.817,2 hectáreas- y los predios “con presencia mayoritaria mapuche, que poseían una superficie total de 53.240,88 hectáreas” fueron parcelados o subdivididos⁸⁷ (ver tablas n° 3 y 2).

Este proceso se vio facilitado por la circunstancia de que, al momento del golpe militar, casi la totalidad de las tierras expropiadas a favor de comunidades mapuches o cooperativas con participación mapuche, no habían sido asignadas definitivamente o en propiedad. También contribuyó a lo anterior la durísima represión que sufrió el movimiento mapuche y campesino en el sur.⁸⁸

⁸⁵ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 44. En el mismo sentido, DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), p. 133. También Bengoa, quien refiriéndose a los procesos de reforma agraria que tuvieron lugar en el continente, observa que no asumieron al campesinado indígena en su especificidad cultural, sino que abordaron la cuestión indígena “en su aspecto social y no en su aspecto étnico”. BENGEOA, José, *La emergencia indígena en América Latina*, Santiago, 2007, p. 241.

⁸⁶ Hasta 1979 la Ley 17.729 seguía formalmente vigente, pues no fue derogada por norma alguna, sin embargo, “en la práctica, dejó de operar”. VERGARA, Jorge y otros, cit. (nota 63), p. 75.

⁸⁷ CORREA, Martín, y otros, cit. (nota 68), pp. 247-248.

⁸⁸ El Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación –más conocido como “Informe Rettig”- da cuenta de 136 mapuches asesinados o desaparecidos durante la dictadura militar.

Tabla n° 3. Superficie total revocada y parcelada en predios mapuches después de 1973

Período	Superficie (Hás.)
Total expropiado (1962-1973)	152.416,48
Revocaciones (desde 1973)	98.817,20
Parcelaciones (desde 1973)	53.240,88
Total revocado y parcelado (desde 1973)	152.058,08

Fuente: Elaborada en base a datos de las Carpetas de Expropiación CORA, Departamento de Tenencia de la Tierra del Servicio Agrícola Ganadero (SAG).⁸⁹

En el proceso de parcelación de los asentamientos, cooperativas, Centros de Reforma Agraria (CERA) o Centros de Producción (CEPRO) constituidos en las tierras expropiadas, muy pocos mapuches fueron beneficiados, ya que el Decreto Ley 208 (noviembre de 1973) proscribió las organizaciones mapuches y campesinas, y prohibió asignar tierras a quienes hubieren participado en tomas u ocupaciones de fundos durante la reforma agraria.⁹⁰

Posteriormente –ya finalizada la contra reforma agraria- la política indígena del gobierno de facto, considerando discriminatoria la legislación proteccionista, propendió a la división de las comunidades para constituir propietarios indígenas individuales. De este modo tanto los mapuches como sus tierras podrían incorporarse y participar de los beneficios del nuevo régimen económico.

A continuación, expondremos y comentaremos brevemente las principales disposiciones de los cuerpos normativos del período y sus resultados:

A. Decretos Leyes 2.568 (28 de marzo de 1979) y 2.570 (16 de julio de 1979)⁹¹

i) Se suprime el IDI y se crea el Departamento de Asuntos Indígenas (DASIN), dependiente de INDAP, para impulsar la división de las reducciones. No obstante lo anterior, en forma paralela a este proceso, “*se mantuvo el programa de becas y hogares*

⁸⁹ CORREA, Martín, y otros, cit. (nota 68), pp. 247-248.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 262.

⁹¹ No está demás recordar que estas normas se elaboraron sin participación indígena alguna.

estudiantiles para los mapuches”, así como el otorgamiento de créditos y subsidios especiales de distinto tipo.⁹²

ii) Para integrar a los indígenas y sus tierras a la comunidad nacional, el DL 2.568 contenía una norma que causó gran rechazo, disponiendo que *“a partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, las hijuelas resultantes de la división de las reservas, dejarán de considerarse tierras indígenas, e indígenas sus dueños o adjudicatarios”* (art. 1º). De este modo, *“con la desaparición de la propiedad indígena, se procedía a eliminar la relevancia legal del vocablo ‘indígena’”*⁹³ o, según expresiones de la dirigencia mapuche de la época, *“la población indígena era suprimida por decreto”*.⁹⁴

Esta disposición fue muy resistida por distintos sectores, lo que obligó al gobierno a eliminarla al poco tiempo, mediante el DL 2.570 (16 de julio de 1979), el que –además– introdujo algunas modificaciones menores al DL 2.568 (28 de marzo de 1979).

iii) Se establecen diversos mecanismos e incentivos para facilitar y estimular la división de las comunidades y asegurar el resultado de dicha división:

- Cualquier ocupante de tierras en una comunidad mapuche, sea o no indígena, podía solicitar la división de la reserva (art. 10º).
- Se establece un procedimiento judicial expedito y gratuito.
- Exención de impuesto territorial para las hijuelas resultantes de la división, no así para las reducciones, o parte de ellas, no adjudicadas en propiedad individual.
- Sólo hijueleros podían acceder al subsidio habitacional rural, lo que estaba vedado para los comuneros indivisos.

⁹² VERGARA, Jorge y otros, cit. (nota 63), p. 78.

⁹³ PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*, Santiago, 2003, p. 28. Por sus características, el autor sostiene que ambos decretos evidencian una *“política de asimilación (...) extrema”* del gobierno militar de Pinochet. En el mismo sentido, entre otros, VALENZUELA, Mylene, *Situación de los derechos indígenas en Chile*, en STIPPEL, Jörg y VALENZUELA, Mylene (ed.), *Reforma a la justicia: una visión de los derechos indígenas*, Ministerio de Justicia, Santiago, 2006, p. 18.

⁹⁴ BENGOA, José, *Breve historia de la legislación indígena en Chile*, Comisión Especial de Pueblos Indígenas, Santiago, 1990, p. 49.

- La resolución judicial que aprobaba la división de la reserva era inimpugnable, sólo procedía el recurso de rectificación, aclaración o enmienda.⁹⁵
- El art. 24 establecía que las divisiones hechas conforme a la ley no podían anularse ni rescindirse.

iv) Para la protección de las hijuelas resultantes se establece la indivisibilidad de las mismas –aún en caso de sucesión por causa de muerte- y se prohíbe su enajenación durante un lapso de 20 años, contado desde su asignación en propiedad individual. Sólo con autorización del Director Regional del INDAP éstas pueden enajenarse.

Sin embargo, la ley no prohibió los contratos que permiten desprenderse del uso, goce o tenencia de dichas tierras, omisión legislativa que explica numerosas ventas fraudulentas que ocurrieron, principalmente, en zonas de atractivo turístico, y que dieron origen a los conocidos *“arrendamientos a 99 años o los arrendamientos con promesa de venta una vez transcurrido el plazo de vigencia de la prohibición de enajenación”*.⁹⁶

B. Otras normas que conformaron la base legal de la política indígena de Pinochet

El DL 208 (noviembre de 1973) –ya mencionado- que regulaba la parcelación de los predios expropiados en que funcionaban los asentamientos. Otro cuerpo legal que se hizo aplicable a los mapuches fue el DL 2.974 (19 de diciembre de 1979), en lo referido al otorgamiento de créditos especiales para pequeños empresarios agrícolas.

También debemos mencionar el DL 3.256 (27 de febrero de 1980), que concedió franquicias y exenciones tributarias para las hijuelas resultantes de las divisiones de las reservas, estableciendo la suspensión de cobro del impuesto territorial para las comunidades que a la fecha del decreto ya estaban divididas o en proceso de división, y también para aquellas reducciones que iniciaran su proceso de división antes del 1 de enero de 1981. Finalmente, las hijuelas resultantes de estas divisiones eran beneficiadas con la condonación retroactiva del impuesto suspendido. En cambio, las reservas indivisas no eran

⁹⁵ La división y liquidación de las comunidades era de competencia de los Jueces de Letras de Mayor Cuantía, quienes resolvían en única instancia y apreciaban la prueba en conciencia (art. 9° inc. 2°).

⁹⁶ VEGA, Ximena, *La ley y la costumbre indígena como fuente del derecho*, Seminario de titulación para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Concepción, 2002, pp. 36-37

beneficiadas con suspensión, condonación ni exención alguna; además, la oposición judicial a la división “*hacia expirar anticipadamente la suspensión del cobro suspendido*”.⁹⁷

Consecuencias

La política indígena del régimen militar dio lugar a un proceso de división de las reducciones sin precedentes, pues entre 1979 y 1989 se habrían dividido 2.062 comunidades provenientes de títulos de merced.⁹⁸

Esta cantidad contrasta enormemente con los resultados de la política divisoria de las legislaciones anteriores, ya que en más de cuarenta años de intentos por dividir las, entre 1927 y 1971, “*se dividieron 832 reducciones mapuche*”.⁹⁹

Así, del total de 2.918 comunidades que contaban con título de merced al finalizar el proceso reduccional (ver tabla n° 1), sólo alrededor de una veintena de ellas habría permanecido indivisa al año 1990.

Estos datos han llevado a muchos analistas “*a sostener que el proceso de división de las tierras indígenas está consolidado*”.¹⁰⁰

4. Situación particular de los pueblos indígenas rapa nui, del norte y de los canales australes

Sobre el particular, puede decirse que la situación de estos pueblos originarios –con excepción de los rapa nui- “*está marcada por la invisibilidad*”, ya que nuestra legislación republicana prescindió de dichos pueblos y sólo reguló la terratenencia mapuche.¹⁰¹

⁹⁷ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 47.

⁹⁸ BENGEOA, José, *Breve historia de la legislación indígena en Chile*, Comisión Especial de Pueblos Indígenas, Santiago, 1990, p. 24 y ss.

⁹⁹ AYLWIN, José, *La política pública y el derecho de los mapuche a la tierra y el territorio*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, p. 280.

¹⁰⁰ ANDUEZA, Pablo, cit. (nota 84), p. 235.

¹⁰¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 183.

A continuación, analizaremos brevemente cómo las políticas y leyes emanadas del Estado chileno influyeron de distinto modo en estos pueblos originarios.

4.1 Los pueblos originarios de los canales australes

La ocupación efectiva del extremo sur tiene lugar en la segunda mitad del siglo XIX, con la construcción del fuerte Bulnes (1843) y la fundación de Punta Arenas (1848). Luego, por Ley de 2 de julio de 1852 se crea la colonia de Magallanes, dándose inicio al proceso de colonización de esa zona, el que se realizó mediante el arriendo y concesión de grandes extensiones de tierra a empresas y colonos, tanto nacionales como extranjeros, debido al crecimiento de la industria maderera y aurífera, la caza de mamíferos y el auge del comercio y la ganadería ovina en el sector.¹⁰² Los indígenas *“fueguinos no disfrutaron de ninguna ley protectora dictada en su favor”*.¹⁰³

A causa de lo anterior, los pueblos indígenas australes fueron desplazados, exterminados y también mermados por enfermedades letales para ellos, tales como –v. gr.– neumonía, tuberculosis, sarampión, sífilis.

Así, la política del Estado chileno significó la extinción total de los pueblos tehuelche o aonikenk y ona o selknam a comienzos del siglo XX. De los pueblos yagán o yámana y alacalufe o kaweskar, sólo sobrevive una cantidad ínfima de descendientes, en la Isla Navarino y Puerto Edén, respectivamente.

4.2 Los pueblos originarios del norte de Chile

Los territorios de los pueblos aymara, atacameño o lickanantay, quechua y colla en las provincias de Arica, Tarapacá y Atacama fueron anexados al Estado chileno una vez concluida la Guerra del Pacífico, a fines del siglo XIX.

Desde entonces se ha desarrollado una política de asimilación de dichos pueblos, conocida como “chilenización”, mediante su educación exclusivamente en castellano –Ley de Enseñanza Obligatoria o Instrucción Primaria (1917)- y el cambio de sus estructuras

¹⁰² *Ibid.*, pp. 79-80.

¹⁰³ DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, cit. (nota 14), p. 143.

sociales y organizacionales, instaurando íntegramente la institucionalidad chilena en dichos territorios sin considerar las costumbres, usos, tradiciones o lengua de dichos pueblos. Posteriormente, otras manifestaciones de esta política se dan durante el régimen militar, a través de la municipalización del espacio andino y la creación de las escuelas rurales de concentración fronteriza.¹⁰⁴

Otro proceso que ha afectado a las comunidades andinas del norte desde comienzos del siglo XX consiste en la pérdida de sus aguas, debido a la desprotección jurídica del uso consuetudinario de dicho recurso, favoreciendo el Estado la demanda de los centros urbanos y mineros, principalmente en perjuicio de las comunidades aymara y atacameña.

Dicho proceso se vio agudizado con la dictación del Código de Aguas (1981), al instituir un derecho de aprovechamiento de aguas –real, transferible, transmisible y prescriptible- que pasa a ser propiedad de su titular y que se constituye por acto de autoridad, sin importar si el solicitante es dueño o no de la tierra por donde pasa el agua ni si hace o no uso efectivo del recurso. Esta legislación facilitó la privatización y apropiación de las aguas indígenas por particulares ajenos a las comunidades que hacían uso ancestral del recurso, provocando el desecamiento de humedales altoandinos –vegas, bofedales, aguadas- y la consiguiente migración indígena hacia las ciudades,¹⁰⁵ al verse afectada la economía de subsistencia de dichos pueblos, que tiene como base la agricultura (terrazas y oasis subtropicales) en la precordillera y la ganadería (ovinos y camélidos) en el altiplano cordillerano.¹⁰⁶

El proceso anteriormente descrito recién comenzó a detenerse a mediados de la década de 1990, con la dictación de la nueva ley indígena –n° 19.253- que contiene un párrafo con disposiciones particulares complementarias para los pueblos indígenas del norte de Chile, referido principalmente a sus aguas y tierras ancestrales (art. 62-65).

¹⁰⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *ibíd.*, pp. 49-72.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 172-173.

¹⁰⁶ ALBORNOZ, Patricia, *El pluralismo jurídico, ¿Una alternativa de supervivencia para el derecho consuetudinario indígena en Chile? El caso de las etnias andinas y el uso del agua*, en *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos en el tercer milenio*, Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, p. 876.

4.3 El pueblo rapa nui

4.3.1 El Acuerdo de Voluntades y el arrendamiento de la isla

La incorporación de Isla de Pascua al territorio chileno se produjo el 9 de septiembre de 1888, fecha en que se suscribió el Acuerdo de Voluntades¹⁰⁷ entre el capitán Policarpo Toro –en representación de Chile- y el rey Atamu Tekena, secundado por el Consejo de Jefes Rapa Nui, con el objeto de “*establecer las bases de la relación entre el Estado chileno y el pueblo rapa nui*”. En dicho acuerdo se convino lo siguiente:

- cesión indefinida y sin reserva de la soberanía de la isla al Estado de Chile.
- reserva de la investidura de los jefes rapa nui.
- reserva del derecho de propiedad de los rapa nui sobre el territorio de la isla.
- compromiso del Estado chileno de brindar protección y asegurar el bienestar y desarrollo del pueblo rapa nui.¹⁰⁸

En virtud de dicho acuerdo, en 1895 la isla fue arrendada por el gobierno de Chile al ciudadano chileno de origen francés Enrique Merlet. Y para ejercer soberanía, en 1896 el Estado chileno creó la Subdelegación Marítima de Isla de Pascua, dependiente de la Gobernación Marítima de Valparaíso, designándose en lo sucesivo un Subdelegado Marítimo para la isla.

No obstante su calidad de autoridad pública, los sucesivos Subdelegados fueron contratados como administradores por Merlet, a cuya administración se atribuyen toda clase de abusos, tales como “*quema de plantaciones, trabajos forzados, maltratos*”, entre otros.¹⁰⁹

En 1903, Merlet vendió sus propiedades a la empresa Williamson & Balfour, la que creó la Compañía Explotadora de Isla de Pascua, continuando con las prácticas de Merlet.

¹⁰⁷ Dicho acuerdo consta en un documento redactado en castellano, por un lado, y en rapa nui antiguo y tahitiano, por el otro, y sus copias aún existen.

¹⁰⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe Final Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad*, Santiago, 2003, p. 75.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

4.3.2 Inscripción de la isla a nombre del Fisco de Chile y administración de la Armada

Siguiendo la recomendación de una comisión consultiva creada para estudiar la situación de la isla, el gobierno decidió inscribir todo el territorio de la isla a nombre del Fisco de Chile, en virtud del art. 590 del Código Civil.¹¹⁰

La inscripción se materializó en el Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso el 11 de noviembre de 1933 y, como medida de publicidad, la misma fue publicada en el periódico El Heraldo, de Valparaíso. Naturalmente no hubo oposición a dicha inscripción, ya que los principales afectados e interesados –los rapa nui- no tomaron conocimiento de dicha inscripción y su aviso.

Luego de la inscripción, la isla continuó siendo arrendada a la Compañía Explotadora de Isla de Pascua hasta 1952, año en que se puso fin a dicho arrendamiento debido a las arbitrariedades denunciadas por los isleños. Por lo anterior, en 1953 la administración de la isla fue entregada a la Armada.

Durante la administración de la Armada, hubo una mejoría en las condiciones de vida de los isleños, ya que –entre otras- se implementaron las siguientes medidas a su favor: servicio de flete gratuito, aumento salarial, educación con desayuno y almuerzo gratuitos, mejoramiento de servicios sanitarios, mayor variedad de bienes en la pulpería.

Sin embargo, los isleños seguían sufriendo situaciones atentatorias de sus derechos fundamentales, tales como, “*castigos arbitrarios*”, toque de queda para los rapa nui (a las 21:00 horas) y continuaron los lunes fiscales, “*día de la semana destinado a trabajo gratuito en favor del Fisco chileno*”.¹¹¹ Además, no tenían derecho a sufragio y carecían “*del derecho de libre tránsito al interior de la isla, así como de abandonarla*”.¹¹²

4.3.3 Resistencia rapa nui y Ley 16.441 (22 de febrero de 1966)

Cansados del trato discriminatorio brindado por el Estado chileno, en 1964 los rapa nui –liderados por el profesor isleño Alfonso Rapu- solicitaron al gobierno poner fin a la

¹¹⁰ “*Son bienes del Estado todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño*” (art. 590).

¹¹¹ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *ibíd.*, p. 76.

¹¹² ANDUEZA, Pablo, cit. (nota 84), p. 236.

administración de la Armada, que se les garanticen los mismos derechos que a los ciudadanos chilenos y organizaron –al margen de ley- una elección de alcalde para la isla.

Estos hechos originaron un debate parlamentario que culminó en 1966, con la promulgación de la Ley 16.441 –más conocida como “Ley Pascua”-, incorporando la isla al sistema de gobierno civil, al crearse el departamento (hoy Municipalidad) de Isla de Pascua, se les otorgó la ciudadanía chilena a los rapa nui y CORFO pasó a administrar los bienes que antes dependían de la Armada.

Además, esta ley estableció algunos beneficios para los rapa nui, tales como exenciones tributarias, prohibición de venta de tierras a extranjeros y algunas normas especiales sobre responsabilidad penal¹¹³ en consideración a su especificidad cultural.

4.3.4 Régimen militar y nuevos conflictos

En 1979, el gobierno de facto dictó el Decreto Ley 2.885, con el objeto de regularizar la propiedad en la isla, pudiendo otorgarse “*títulos de dominio, arrendamiento, concesiones y reservas*” mediante “*decreto supremo del Ministerio de Tierras y Colonización*” (art. 5°).¹¹⁴

Este decreto fue resistido por los rapa nui, quienes reconstituyeron el Consejo de Ancianos para oponerse a dicha normativa, principalmente, a través de dos mecanismos: en el ámbito internacional, presentando una reclamación ante la ONU; y, en el plano local, deduciendo acción reivindicatoria y de nulidad de la inscripción fiscal de 1933, por no darse los supuestos del art. 590 del Código Civil, ya que, al momento de materializarse dicha inscripción, los rapa nui eran los legítimos dueños de sus tierras.¹¹⁵

¹¹³ El art. 13 establece que, tratándose de delitos contra la propiedad y también aquellos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual, si éstos son “*cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables*”.

¹¹⁴ Al poco tiempo –en 1980- el gobierno creó la empresa SASIPA (Sociedad Agrícola y de Servicios Isla de Pascua Ltda.), filial de CORFO, para que desempeñe las funciones que antes correspondían a CORFO, tales como producción eléctrica y de agua potable, administración del fundo “Vaitea” (6.096,80 hás.), entre otras.

¹¹⁵ Finalmente, los rapa nui no siguieron adelante con estas acciones judiciales al suscribir el Acta de Nueva Imperial (1989) –que analizaremos en el capítulo próximo-, ya que en la misma las organizaciones indígenas firmantes se comprometieron “*a canalizar sus legítimas demandas de aspiraciones de justicia (...) a través de las instancias y mecanismos de participación que serán creados por el futuro gobierno (...) de la Concertación...*”. COMISIÓN ESPECIAL DE PUEBLOS INDÍGENAS, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, p. 6.

4.3.5 Nueva ley indígena y demanda de autonomía rapa nui¹¹⁶

Las numerosas modificaciones introducidas al proyecto original de la Ley 19.253 (28 de septiembre de 1993) –más conocida como “Ley Indígena”- provocaron un quiebre en el Consejo de Ancianos rapa nui, escindiéndose una facción que pasó a denominarse Consejo de Ancianos n° 2, que se opuso a la nueva ley y su institucionalidad, encabezando hasta la actualidad la demanda de autodeterminación rapa nui, la que –principalmente- se centra en la elaboración de un “*estatuto administrativo propio que garantice el gobierno de los jefes rapa nui*” y representación en ambas cámaras del Congreso Nacional con parlamentarios de dicha etnia.

Los argumentos histórico-jurídicos de la demanda de autonomía rapa nui se han planteado en distintas instancias y se relacionan con el Acuerdo de Voluntades de 1888, más específicamente, con su cabal cumplimiento por parte de los isleños y su constante transgresión de parte del Estado chileno.¹¹⁷

Sobre el punto, sostiene la experta Nancy Yáñez que la implementación de una política de autonomía rapa nui no compromete intereses privados a los que el Estado deba responder, ya que en la isla prácticamente no hay derechos de dominio de particulares no rapa nui. En efecto, sólo el 25% de la superficie de la isla (16.554,75 hás.) está en poder de los isleños, casi el 75% restante está bajo administración del Fisco chileno a través de distintos organismos (SASIPA, CONAF, entre otras) y una ínfima parte es propiedad de privados no rapa nui.

¹¹⁶ Véase YÁNEZ, Nancy, *El acuerdo de voluntades Estado de Chile - pueblo rapa nui: bases normativas para fundar la demanda de autonomía rapa nui*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 419-428.

¹¹⁷ 1°, el Estado chileno no ratificó el acuerdo de voluntades de 1888; 2°, los jefes rapa nui y su descendencia cumplieron cabalmente el acuerdo, cediendo la soberanía de la isla al Estado chileno; 3°, Chile no cumplió el acuerdo de respetar las jefaturas tradicionales rapa nui, imponiendo completamente su institucionalidad; 4°, El Estado chileno no cumplió el acuerdo de respetar la propiedad rapa nui del territorio, desconociendo los derechos de dominio rapa nui al arrendar la isla y, posteriormente, al inscribirla íntegramente a su nombre; y 5°, Chile no cumplió su compromiso de proteger al pueblo rapa nui y garantizar su bienestar, ya que consta en múltiples documentos que durante 78 años fueron objeto de graves y sistemáticas violaciones a sus derechos fundamentales, viviendo bajo una situación de abuso y postergación, la que sólo vino a terminar con la dictación de la Ley Pascua, en 1966 (*ibíd.*, pp. 427-428).

CAPÍTULO SEGUNDO

GÉNESIS DE LA LEY 19.253 Y ANÁLISIS COMPARATIVO DE SUS ASPECTOS FUNDAMENTALES

1. Antecedentes

1.1 Acuerdo de Nueva Imperial y Comisión Especial de Pueblos Indígenas

La elaboración de una nueva ley indígena obedece a un compromiso adquirido por los partidos de la Concertación con los pueblos indígenas, pocos días antes de las elecciones presidenciales de diciembre de 1990.

El 1 de diciembre de 1989, con ocasión del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, se suscribió en Nueva Imperial un acta de compromiso entre el entonces candidato presidencial de la Concertación –Patricio Aylwin- y representantes de las organizaciones indígenas de los pueblos mapuche, huilliche, aymara y rapa nui.

En este instrumento, las organizaciones indígenas firmantes se comprometieron a apoyar a Patricio Aylwin y, a su vez, a canalizar sus reivindicaciones “*a través de las instancias y mecanismos de participación que serán creados por el futuro gobierno (...) de la Concertación a objeto de facilitar una acción más efectiva y coordinada del Estado y las organizaciones indígenas...*”.¹¹⁸

Por su parte, el candidato presidencial de la Concertación asumió los siguientes compromisos:¹¹⁹

- “*Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales*”;

- “*Creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y de un Fondo de Etnodesarrollo, con la participación activa de los distintos pueblos indígenas del país (...), encargadas de coordinar la política indígena del Estado...*”;

¹¹⁸ COMISIÓN ESPECIAL DE PUEBLOS INDÍGENAS, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, p. 6.

¹¹⁹ *Ibíd.*

- Creación de una comisión especial para los pueblos indígenas “*como instancia encargada de estudiar las propuestas formuladas por las organizaciones indígenas...*”, junto con “*impulsar las iniciativas legislativas, administrativas y económicas necesarias para concretar*” las propuestas emanadas del estudio que se encomendaría a una comisión especial de pueblos indígenas.

En cuanto al origen y antecedentes de la nueva ley indígena, puede señalarse que los mismos no se encuentran exclusivamente al interior de nuestras fronteras, sino que son “*fruto de un contexto internacional cada vez más sensible al reconocimiento de los derechos colectivos (...) de los pueblos autóctonos*”.¹²⁰ Una manifestación clara de lo anterior la hallamos en la adopción, por parte de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹²¹ (27 de junio de 1989).

Como resultado del compromiso adquirido en Nueva Imperial, el entonces presidente, Patricio Aylwin, creó la Comisión Especial de Pueblos Indígenas¹²² –CEPI en lo sucesivo- mediante el Decreto Supremo n° 30 (17 de mayo de 1990).

Entre otros cometidos, dicha comisión debía estudiar la conveniencia de crear un organismo público encargado de la política indígena y “*proponer en su caso al Presidente de la República el anteproyecto de ley respectivo*” (art. 3° del decreto).

Para la elaboración del anteproyecto de ley indígena –en adelante simplemente el anteproyecto- la CEPI sometió sus contenidos al más amplio debate, con el objeto de “*recoger las demandas y aspiraciones de los pueblos y comunidades indígenas de Chile*”.¹²³ Finalmente, el texto del anteproyecto fue aprobado por representantes del

¹²⁰ ANDUEZA, Pablo, cit. (nota 84), p. 225. En ese contexto también cabe destacar la creación –en 1982- del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en el seno de la ONU, mediante la Resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC).

¹²¹ En adelante, simplemente “el Convenio” o “el Convenio 169” indistintamente.

¹²² Este organismo estaba compuesta por un directorio conformado por tres personas (art. 5°) y por un consejo integrado por diez representantes de las organizaciones indígenas y otros diez representantes del gobierno (art. 6°), cada uno de ellos –tanto directores como consejeros- individualizados en el texto del decreto. Entre los miembros de la CEPI podemos hallar algunos expertos en la materia, tales como –entre otros- José Bengoa (director), José Aylwin (consejero representante del gobierno) o el histórico dirigente mapuche José Santos Millao.

¹²³ CEPI, *Guía para la discusión de la nueva ley indígena*, Santiago, 1990, p. 7.

gobierno y de los pueblos originarios en el Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, celebrado en la ciudad de Temuco entre los días 16 y 18 de enero de 1991.¹²⁴

En la ocasión, el anteproyecto fue entregado a la presidencia para que lo envíe como proyecto de ley al Parlamento. Sin embargo, el anteproyecto sufriría varias modificaciones de parte del ejecutivo antes de ser enviado como proyecto de ley al Congreso, instancia en la que sus contenidos también fueron modificados significativamente.¹²⁵

1.2 El anteproyecto de la CEPI y el proyecto de ley del ejecutivo

1.2.1 El anteproyecto de ley indígena de la CEPI¹²⁶

En su introducción, el anteproyecto consigna que las anteriores leyes sobre indígenas tuvieron, por lo general, el objetivo de asimilar a los pueblos indígenas, considerando *“erróneamente, un valor positivo para la sociedad (...) la supuesta homogeneidad cultural, educacional, lingüística y racial”*. De este modo, dichas normas *“han sido más instrumentos de asimilación y pérdida de identidad que de desarrollo y progreso”*.

En cambio, la Comisión valora y *“aprecia la diversidad de culturas existentes en la sociedad chilena”*, reconociendo *“el derecho que les asiste a desarrollarse según sus propios criterios, cultura y costumbre”*.

Acorde con lo anterior –en su introducción– el anteproyecto se encarga de precisar cuáles son los objetivos y principios que debe plasmar la nueva ley indígena:

En general, las leyes anteriores legislaban sobre tierras indígenas, considerando indígenas a sus ocupantes. En cambio, el anteproyecto enfatiza que *“legislará sobre pueblos indígenas”*, bien se trate de indígenas que viven en la ciudad o en zonas rurales.

¹²⁴ *“Cabe destacar que previo a este congreso se realizaron innumerables reuniones al interior de las comunidades, y una decena de congresos comunales, provinciales y regionales con participación activa de la totalidad de las organizaciones de nuestros respectivos pueblos”*. CEPI, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, p. 74.

¹²⁵ En el apartado n° 2 de este capítulo expondremos las principales modificaciones introducidas al anteproyecto.

¹²⁶ En este acápite, las citas referidas al anteproyecto se extrajeron del siguiente documento: CEPI, *Nueva ley indígena: borrador de discusión*, Santiago, 1990, pp. 5-9.

La nueva ley tratará de reforzar las comunidades indígenas “*como núcleo social básico de los pueblos indígenas*”, otorgándoles personería jurídica y “*toda la fuerza legal posible*”.

Habida cuenta de la marginación histórica que han sufrido los indígenas, y siguiendo las tendencias internacionales dominantes en la materia, la nueva normativa “*se inspira en el principio de discriminación positiva, procurando la igualdad real por sobre la igualdad formal*”.

Teniendo presente que la tierra es el fundamento principal de la vida y cultura de los pueblos originarios, la nueva ley tendrá por objetivo “*proteger y ampliar las tierras indígenas, entendiendo por tales (...) aquellas que provienen de cesiones*” efectuadas por la corona española o el Estado chileno.

La nueva ley “*incorpora el concepto de territorio indígena (...) entendido como un espacio de creación, desarrollo y vida de los pueblos indígenas que excede muchas veces las propias tierras que ellos mantienen en propiedad*”. Dichos espacios serán la base para el establecimiento de “*territorios de desarrollo indígena*”, en los que se aplicarán planes y programas especiales atendiendo a las particularidades de cada pueblo indígena. En este mismo orden de ideas, el anteproyecto vincula estrechamente la ecología y el medio ambiente con el desarrollo y supervivencia de los pueblos indígenas.

Para que la educación no sea un mecanismo de asimilación cultural, la nueva ley propone la implementación de un “*sistema de educación intercultural bilingüe*” en áreas de alta densidad indígena.

En último término, la nueva normativa apunta a la recuperación y promoción de los elementos propios de la cultura indígena, tales como –entre otros y principalmente- sus “*formas de hacer justicia*”.

1.2.2 El proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas

El proyecto original del ejecutivo –el proyecto en lo sucesivo- recoge la mayoría de los principios, objetivos y regulaciones enunciados en el anteproyecto, pero, a su vez,

introdujo numerosas modificaciones, principalmente, restringiendo o eliminando algunos de sus contenidos.

En el mensaje presidencial¹²⁷ del proyecto podemos hallar las orientaciones generales de la nueva normativa:

El ejecutivo destaca la importancia de otorgar “*personería jurídica a la comunidad indígena...*” (párr. 4 del mensaje).

Acerca de la definición legal de la calidad de indígena, y siguiendo la tendencia internacional en la materia,¹²⁸ la nueva ley se basa en el criterio de la autoidentificación o “*libre autodefinición de cada persona*”, junto con otros requisitos legales (párr. 5).

El proyecto recoge el objetivo de proteger y “*ampliar las tierras comunitarias*”, con la finalidad expresa –entre otras- de eliminar el minifundio en las tierras mapuches (párr. 7).

En cuanto a la institucionalidad, el mensaje releva como objetivo la creación de “*un organismo que defina, coordine y ejecute (...) las políticas*” indígenas –CONADI- (párr. 17-19) y de un “*Fondo de Etnodesarrollo*”, vinculado estrechamente con el establecimiento de “*áreas de desarrollo indígena donde se puedan aplicar planes y programas integrales de desarrollo...*” (párr. 9).

En lo referido a la participación indígena, el proyecto propone la creación de asociaciones indígenas, instancia que permite la agrupación de personas indígenas “*unidas por alguna actividad, oficio u objetivo común*”. Además, se establecen “*mecanismos de participación en los diversos servicios públicos y organismos estatales cuando se refieran a asuntos indígenas*” (párr. 16).

“*En lo relativo al ámbito educacional, el proyecto (...) recoge las aspiraciones de los propios pueblos indígenas*”, implementando un sistema de educación intercultural bilingüe en zonas de alta concentración indígena y ampliando las becas indígenas para la educación básica, media y superior (párr. 10-14).

¹²⁷ Las citas relativas al mensaje se extrajeron del documento siguiente: *Mensaje del ejecutivo*, en *Historia de la Ley n° 19.253*, boletín 514-01 (15 de octubre de 1991, sesión 8, legislatura 323), pp. 4-8. Disponible en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

¹²⁸ El Convenio de la OIT señala que “*la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones*” de dicho instrumento internacional (art. 1.2).

En lo que dice relación con “*el acceso y administración de justicia*”, el proyecto “*plantea un procedimiento especial de resolución de las causas indígenas*” y propone el establecimiento de “*una justicia especial para este sector*”, instituyendo “*jueces de paz para la solución de conflictos menores entre indígenas*” (párr. 20-21).

Finalmente, el mensaje presidencial invita al Parlamento a ratificar el Convenio 169 de la OIT (enviado por el ejecutivo al Congreso en diciembre de 1990), destacando que en dicho instrumento “*se establecen los principios generales aprobados por la comunidad internacional en torno al tratamiento de las cuestiones que interesan a esos pueblos*” (párr. 25).

El proyecto de ley indígena fue enviado por el ejecutivo al Congreso el 8 de octubre de 1991, junto con un proyecto de reforma de la Carta Fundamental que perseguía el reconocimiento “*constitucional de los pueblos indígenas, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales...*”.¹²⁹ Previo a la discusión del proyecto, se formó en el Congreso una comisión parlamentaria que tuvo por objeto estudiar el proyecto de ley indígena, el proyecto de reforma constitucional y la eventual ratificación del Convenio 169 de la OIT. De estas iniciativas legislativas, sólo el proyecto de ley indígena pudo ver la luz en esa época, aunque con significativas modificaciones.

2. Nueva ley indígena. Aspectos principales y diferencias con el anteproyecto

A continuación expondremos los principales contenidos del texto definitivo de la Ley 19.253, junto con aquellos aspectos relevantes del anteproyecto de la CEPI¹³⁰ que fueron eliminados o modificados sustancialmente, tanto en el ejecutivo como en el poder legislativo.¹³¹

¹²⁹ Mensaje del proyecto de reforma constitucional de los art. 1º, 19 n° 22 y 62 de la Constitución Política de la República. Citado en COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*, Santiago, 1992, pp. 108-110.

¹³⁰ En este acápite nos remitimos al texto del anteproyecto transcrito íntegramente en el siguiente documento: CEPI, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, pp. 30-66.

¹³¹ En este apartado, no analizaremos las propuestas de algunas organizaciones indígenas que no fueron recogidas en el anteproyecto de la CEPI, tales como representación indígena en el Congreso o el otorgamiento de un estatuto de autonomía para sus territorios. Sobre el punto, véase AYLWIN, José y BESNIER, Enrique, *Demandas de los pueblos indígenas de Chile en la transición democrática*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1990.

2.1 Pueblos, comunidades y personas indígenas

En cuanto a su denominación, en el Congreso se eliminó absolutamente la expresión “pueblos” de la ley indígena, reemplazándola por la voz “etnias indígenas” o “indígenas”¹³² simplemente, principalmente, por estimar que el reconocimiento legal de los pueblos indígenas pudiere afectar el sentido unitario de la nación, así como la soberanía e integridad territorial del Estado. Por lo anterior, la comisión parlamentaria acogió en forma unánime la indicación planteada por el senador designado Santiago Sinclair, quien manifestó su oposición a la utilización de dicho término en la ley, *“toda vez que la totalidad de los habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, que es uno y único, siendo absolutamente inadecuado, desde un punto de vista geopolítico, la aceptación, tácita, de la existencia de pueblos aborígenes o indígenas en el interior del territorio”*.¹³³

Dicho resguardo parece injustificado o exagerado, si tenemos presente que el proyecto señalaba explícitamente que la utilización del término “pueblos” en la ley indígena *“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”* (art. 2° del proyecto), disposición que, para evitar equívocos, no hacía sino reiterar lo dispuesto en el Convenio¹³⁴ de la OIT.

A propósito de las comunidades indígenas, la CEPI concluyó que no podía elaborarse *“un solo concepto de comunidad válido para todos los pueblos indígenas”* que hay en Chile,¹³⁵ por tal razón, la ley define de modo amplio a las comunidades¹³⁶ y señala

¹³² La ley define a “los indígenas de Chile” como “los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias...” (art. 1° de la Ley 19.253).

¹³³ *Historia de la Ley n° 19.253*, boletín 514-01 (legislatura 326, sesión 10, 30 de junio de 1993), p. 466. Disponible en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

¹³⁴ “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” (art. 1.3 del Convenio 169).

¹³⁵ CEPI, *Nueva ley indígena: borrador de discusión*, Santiago, 1990, p. 11.

¹³⁶ La ley entiende por comunidad indígena *“toda agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: a) provengan de un mismo tronco familiar; b) reconozcan una jefatura tradicional; c) posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y d) provengan de un mismo poblado antiguo”* (art. 9° de la Ley 19.253).

los requisitos que deben cumplir para constituirse legalmente¹³⁷ y gozar de personalidad jurídica, agregando la obligación de CONADI de inscribirlas en el Registro de Comunidades Indígenas que debe llevar (art. 10 y 11 de la ley).

Además, el anteproyecto consagraba el derecho de las comunidades a participar “*en y frente a las instancias públicas agrupándose de la manera que estimen más conveniente*” (cap. I, n° 3.5, letra b),¹³⁸ sin embargo, el ejecutivo eliminó dicha prerrogativa, prohibiendo así la asociatividad de las comunidades en defensa de sus intereses.

En cuanto a las personas, para que un chileno sea considerado indígena, la ley atiende a su filiación; posesión –a lo menos- de un apellido indígena; o a su autoidentificación, en este último caso, siempre “*que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena*” o si el cónyuge es indígena (art. 2° de la ley).¹³⁹

La calidad de indígena podrá probarse con un certificado entregado por la CONADI, sin perjuicio de poder acreditarse por otros medios idóneos.¹⁴⁰

2.2 Tierras y territorios indígenas

La nueva ley identifica como tierras indígenas aquellas provenientes de toda clase de títulos emanados del Estado chileno,¹⁴¹ así como aquellas que los indígenas “*históricamente han ocupado y poseen*”, siempre que estas últimas sean inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas creado por la ley; también son tierras indígenas las

¹³⁷ El texto legal permite constituir legalmente una comunidad concurriendo sólo un tercio de los indígenas mayores de edad de una comunidad, con un mínimo de diez miembros, lo que –en opinión de varios autores- ha conducido al “*fraccionamiento social de las comunidades mapuche reduccionales*” derivadas de los títulos de merced otorgados por el Estado chileno, ya que innumerables comunidades histórico culturales se han fragmentado en dos o más comunidades legales. AYLWIN, José, *La política pública y el derecho de los mapuche a la tierra y el territorio*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, p. 283.

¹³⁸ CEPI, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, p. 33.

¹³⁹ Respecto a la autoidentificación, la ley precisa que la mantención de rasgos culturales indígenas consiste en “*la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual...*” (letra c del art. 2°).

¹⁴⁰ La ley establece procedimientos simples para reclamar si la CONADI deniega el certificado, así como para impugnar la calidad de indígena invocada por otra persona, “*aunque tenga certificado*” (art. 3°). Por otra parte, se sanciona como autor de falta a quien obtiene algún rédito económico “*atribuyéndose la calidad de indígena sin serlo*” (art. 5°) y también se considera falta “*la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas*” en razón de su origen (art. 8°).

¹⁴¹ Se trata de la primera ley que reconoce validez legal a los títulos de comisario.

que a futuro así sean declaradas por los tribunales y las otorgadas a título gratuito por el Estado (art. 12).

Sólo comunidades o personas naturales indígenas pueden ser propietarios de tierras indígenas, las que gozan de protección legal, no pudiendo ser enajenadas, embargadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre indígenas o comunidades “*de una misma etnia*”; el gravamen de tierras indígenas sólo se permite previa autorización de la CONADI, pero no podrá comprender la casa-habitación familiar ni el terreno necesario para su subsistencia (art. 13).¹⁴²

A su vez, las tierras de propiedad comunitaria indígena no pueden ser dadas en arrendamiento, comodato, ni cedidas a terceros su uso, goce o administración; en cambio, sí pueden serlo las tierras cuyos titulares sean personas naturales indígenas, pero sólo hasta por cinco años. Además, con autorización de la CONADI, las tierras de propiedad individual indígena pueden permutarse por tierras no indígenas “*de similar valor comercial*” (art. 13).¹⁴³

En cuanto a su tributación, la ley establece un régimen especial para las tierras indígenas, eximiéndolas de pago del impuesto territorial (art. 12).

Al tratar la protección de las tierras indígenas, y en armonía con el Convenio¹⁴⁴ de la OIT, el anteproyecto de la CEPI perseguía resguardar especialmente “*los derechos de los indígenas y sus comunidades sobre los recursos existentes en las tierras*” que ocupan en propiedad o posesión (cap. II, n° 1, letra i).¹⁴⁵ Incluso, el texto del anteproyecto iba más allá que el Convenio, otorgando los siguientes derechos en favor de los indígenas y sus comunidades: “*utilización y administración exclusiva de los recursos del suelo y el subsuelo*”; concesión exclusiva para la exploración o explotación de los recursos del

¹⁴² A propósito de las enajenaciones y gravámenes, se ha dicho que la nueva ley “*da un paso realmente sorprendente (...) reconociendo el concubinato y dándole la merecida importancia a la mujer indígena en esta condición*”, pues el art. 14 dispone que el titular de la propiedad debe contar con autorización de la mujer con quien ha constituido familia, en caso de no existir matrimonio civil. MUÑOZ PONCE, Rodrigo, *Algunas reflexiones acerca de la ley indígena en el ordenamiento jurídico nacional*, en *Revista del abogado*, núm. 11, Santiago, 1997, p. 36.

¹⁴³ Respecto a las tierras de propiedad individual indígena, el anteproyecto permitía su arrendamiento hasta por dos años y no autorizaba su permuta, lo que fue modificado en el Congreso.

¹⁴⁴ A propósito de los recursos naturales existentes en tierras indígenas, el Convenio 169 ordena protegerlos especialmente, estableciendo el derecho de los pueblos indígenas “*a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos*” (art. 15.1).

¹⁴⁵ CEPI, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, pp. 36-37.

subsuelo, y “*utilización y explotación exclusiva de los recursos lacustres, fluviales y marítimos*” colindantes, hasta dos km aguas adentro, con tierras indígenas.¹⁴⁶

En este punto, el ejecutivo acogió parcialmente dicho estatuto protector, desechando la exclusividad, pero estableciendo que los titulares de tierras indígenas –individuos o comunidades-, hallándose “*en igualdad de condiciones con otros interesados*”, tendrían “*derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros*”, así como para el manejo y explotación de “*recursos forestales, (...) riberas y cualquier otra concesión que el Estado esté facultado para otorgar*” conforme a la ley (art. 18 del proyecto).

Finalmente, el Congreso rechazó la idea de implementar los derechos exclusivos o preferentes expuestos en los párrafos anteriores, por lo que ninguna de dichas disposiciones tuvo consagración legal.

El concepto de territorio indígena –más amplio que el de tierras indígenas- se refiere a “*la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*” (art. 13.2 del Convenio 169). Sobre la base de dicha noción, el anteproyecto propuso la creación de “*Territorios de Desarrollo Indígena*”, en los que el Estado focalizara su acción para implementar planes, programas y proyectos en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.

En cuanto a los planes u obras a implementarse o ejecutarse en territorios de desarrollo indígena, el anteproyecto otorgaba derechos especiales en favor de los indígenas y sus comunidades, tales como “*participar en la toma de decisiones*” sobre los mismos, o bien, “*oponerse a ellos*”, así como el “*derecho a beneficiarse materialmente de las actividades de explotación de los recursos naturales (...) que existan en dichos territorios*”, privilegiando “*la capacitación, contratación y empleo no discriminatorio de mano de obra indígena local*” en caso de ejecutarse obras o faenas (cap. II, n° 4, letra e).¹⁴⁷

El proyecto del ejecutivo recogió dicho concepto con otra denominación (“*Áreas de Desarrollo Indígena*”), pero no incluyó ninguno de los derechos especiales enunciados en el anteproyecto. Por otra parte, y en concordancia con el Convenio¹⁴⁸ de la OIT, el proyecto

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 38-40.

¹⁴⁸ “...los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”. Si excepcionalmente se considera necesario el traslado de indígenas, aquello exige previamente “*su consentimiento, dado libremente*”

del ejecutivo prohibía expresamente trasladar indígenas de sus tierras o territorios, a menos que su reubicación fuere necesaria “*por motivos calificados*” determinados por la CONADI, previa consulta a las comunidades afectadas, y siempre que el traslado se hiciera “*a tierras (...) de igual calidad y cantidad*” que las anteriores, indemnizando los perjuicios que dicho desplazamiento irroge (art. 25 del proyecto).

Finalmente, la ley acogió la idea de establecer Áreas de Desarrollo Indígena sobre la base de los criterios enunciados en el anteproyecto,¹⁴⁹ pero redujo considerablemente las facultades de la CONADI en la administración de dichas áreas¹⁵⁰ y, además, eliminó el derecho de los indígenas a no ser trasladados de sus tierras y a ser consultados previamente si dicha reubicación, excepcionalmente, se autoriza.

2.3 Nueva institucionalidad y fondos creados por la nueva ley

La Ley 19.253 creó la CONADI como organismo a cargo de coordinar y aplicar la política estatal en favor del desarrollo de los indígenas y sus comunidades, así como “*de impulsar su participación en la vida nacional*” (art. 39).¹⁵¹

En cuanto a su dirección, el anteproyecto estipulaba que el Consejo Nacional de la CONADI debía contar con “*mayoría absoluta de los distintos pueblos indígenas del país*”,

y con pleno conocimiento de causa”. Si no puede obtenerse su consentimiento, la reubicación sólo tendrá lugar al término de procedimientos legales adecuados, que garanticen la efectiva representación de las comunidades involucradas. En tal caso, deberán recibir tierras de calidad y estatuto jurídico, al menos, iguales a los de las tierras que ocupaban, debiendo indemnizarse cualquier pérdida o daño que aquello cause. Finalmente, y si fuere posible, los indígenas conservarán el “*derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación*” (art. 16 del Convenio).

¹⁴⁹ La ley señala que para establecer Áreas de Desarrollo Indígena, deben verificarse los siguientes elementos: “*espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas*”; alta concentración de población indígena; presencia de tierras indígenas, de propiedad individual o comunitaria; “*homogeneidad ecológica, y (...) dependencia de recursos naturales para el equilibrio de dichos territorios...*” (art. 26 de la Ley 19.253).

¹⁵⁰ El proyecto del ejecutivo facultaba a la CONADI para establecer los criterios que debían seguir los planes, obras o faenas a ejecutarse en Áreas de Desarrollo Indígena, pudiendo “*expresar su opinión desfavorable cuando ellos no reúnan las características que haya determinado*” (art. 24 del proyecto).

¹⁵¹ Trazando un paralelo entre la CONADI y la DASIN (1953-1971), puede decirse que ambos organismos surgieron de negociaciones políticas con el Estado: en el caso de la DASIN, sólo intervino el pueblo mapuche; en la CEPI, en cambio, participaron los pueblos mapuche, huilliche, aymara y rapa nui. Sin embargo, la CONADI supera largamente a la DASIN, no sólo en recursos sino también en competencias, pues un mismo órgano se ocupa de los asuntos legales y de desarrollo indígena, sin separar dichas materias “*como en el caso de los Juzgados de Indios y la DASIN entre 1961 y 1971, ni se subordina uno a otro, como en el período 1953-1960*”. Sobre el punto, véase VERGARA, Jorge, FOERSTER, Rolf y GUNDERMAN, Hans, *Instituciones mediadoras, legislación y movimiento indígena de DASIN a CONADI (1953-1994)*, en *Atenea*, núm. 491, Universidad de Concepción, 2005, pp. 79-84.

junto con representantes de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial (cap. VII, n° 3).¹⁵² Posteriormente, el proyecto del ejecutivo –y así quedó definitivamente plasmado en la ley– estableció representación no indígena mayoritaria en el Consejo Nacional, con integrantes gubernamentales y otros elegidos directamente por el Presidente de la República, eliminando la participación de los poderes legislativo y judicial en la elección de dichos consejeros.

En cuanto a las funciones de la CONADI, el anteproyecto y el proyecto incluían la de “*asegurar la plena vigencia de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos, de la población indígena del país*” (art. 45, letra h, del proyecto). Sin embargo, en la ley se eliminó dicha atribución, principalmente, debido a la reticencia de nuestro Parlamento hacia la noción de derechos humanos de carácter colectivo.

Para ampliar las tierras y aguas de los indígenas, la nueva ley creó el Fondo para Aguas y Tierras Indígenas (art. 20-22) y, por otra parte, el Fondo de Desarrollo Indígena, para financiar e implementar programas y “*planes especiales de crédito (...) y subsidios en beneficio*” de las comunidades y personas indígenas (art. 23-25).

En cuanto al Fondo de Desarrollo Indígena, el anteproyecto contemplaba “*representación indígena mayoritaria*” en su dirección, agregando que debían privilegiarse las tecnologías y “*formas autogestionarias propias de los pueblos indígenas*” en la implementación de los programas y planes de desarrollo en las comunidades indígenas (cap. VI, n° 3 y 4).¹⁵³

Respecto al financiamiento del Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, el anteproyecto incluía, entre otros mecanismos de incremento de su patrimonio, los aportes de empresas que hubieren afectado “*gravemente la supervivencia, entorno físico y ecológico*” de los pueblos y comunidades indígenas (cap. II, n° 2, letra a).¹⁵⁴

Si bien la ley indígena instituyó ambos fondos, el proyecto del ejecutivo eliminó las disposiciones del anteproyecto indicadas en los dos párrafos precedentes.

¹⁵² CEPI, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, p. 52.

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 50-51.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 37.

2.4 Participación indígena

La nueva ley establece que los servicios de la administración del Estado y sus organismos de carácter territorial *“deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas”* reconocidas legalmente, cuando traten asuntos que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas (art. 34).

Como principal instancia de participación, la ley crea las Asociaciones Indígenas, definiéndolas como una *“agrupación voluntaria y funcional integrada por (...) indígenas que se constituyen en función de algún interés y objetivo común”* (art. 36).¹⁵⁵

Para evitar el fraccionamiento de las comunidades indígenas, el anteproyecto establecía que si dicha asociación se constituía con individuos pertenecientes a una sola comunidad, aquéllos debían representar, a lo menos, la mayoría de sus integrantes. Además, el anteproyecto de la CEPI agregaba que –entre otras atribuciones- las asociaciones indígenas tenían derecho a *“agruparse en la forma que lo estimen conveniente [para] representar sus intereses frente a la sociedad y el Estado”*, así como a perseguir cualquier otro objetivo compatible con su condición de miembros de pueblos indígenas (cap. V, n° 2, letras a, b y f).¹⁵⁶

Posteriormente, el proyecto del ejecutivo cercenó la autonomía organizacional y política de las asociaciones indígenas, eliminando su derecho a agruparse como estimen conveniente y limitando sus objetivos –taxativamente- al desarrollo de actividades educacionales, culturales, profesionales y económicas.

Finalmente, el Congreso desechó el requisito de quórum mínimo que indicaba el anteproyecto para las asociaciones indígenas constituidas con miembros de una sola comunidad y, por otra parte, prohibió expresamente a dichas asociaciones *“atribuirse la representación de las comunidades indígenas”* (art. 36 inc. 2° de la ley). Recordemos además, a propósito de las comunidades indígenas, que la ley rechazó su derecho a

¹⁵⁵ A diferencia de la comunidad indígena, la asociación debe *“exponer en forma precisa y determinada su objetivo”* (art. 37). Además, la comunidad representa a toda una colectividad –estén o no registrados formalmente sus miembros- y su regulación se agota en la Ley 19.253; en cambio, *“la asociación no representa más que a sus asociados”* y en todo lo no contemplado por la ley indígena le son aplicables las normas de la Ley 18.893 sobre organizaciones comunitarias funcionales. Sobre el punto, véase ANDUEZA, Pablo, *La nueva ley indígena chilena. Historia, contexto internacional y análisis normativo*, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 42, Universidad de Valparaíso, 1997, pp. 242-244.

¹⁵⁶ CEPI, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, pp. 48-49.

agruparse como estimen conveniente en defensa de sus intereses frente a los organismos públicos.¹⁵⁷

Estas limitaciones han llevado a varias organizaciones indígenas a exigir la derogación de dichas normas, ya que la mantención de estas prohibiciones de asociatividad mayor, agrupación o confederación de las comunidades y asociaciones indígenas aparece como “*un hecho arbitrario que, en un sistema democrático, no tiene justificación alguna*”.¹⁵⁸

2.5 Costumbres y derecho consuetudinario indígenas

Sobre el particular, el Convenio de la OIT señala que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas “*deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario*”, agregando que dichos pueblos tendrán derecho a “*conservar sus costumbres e instituciones propias*”, siempre que éstas no fueren incompatibles con los derechos humanos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional (art. 8 del Convenio).

En este apartado enunciaremos aquellas costumbres y manifestaciones del derecho consuetudinario indígena¹⁵⁹ que son reconocidas por nuestra ley indígena, así como aquellas que, contempladas en el anteproyecto, finalmente no recibieron consagración legal.

¹⁵⁷ Ver apartado 2.1 de este capítulo.

¹⁵⁸ AYLWIN, José, *Materializaciones y conflictos: aplicación de la ley indígena en el territorio mapuche (1994-1997)*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2000, pp. 93-94.

¹⁵⁹ Nos referimos al conjunto de normas y prácticas jurídico-culturales propias de los pueblos indígenas, las que, reconociendo a la costumbre como fuente primaria, son anteriores y distintas al derecho estatal. Debido a su naturaleza dinámica y flexible, aquél no puede concebirse como “*la reconstrucción de antiguas prácticas e instituciones jurídicas hoy en desuso*”, sino que debe entenderse en su interrelación y confrontación con el derecho estatal, ya que –precisamente por su carácter dinámico y evolutivo– el derecho consuetudinario indígena ha ido incorporando y apropiando, a través del tiempo, elementos propios del derecho positivo, tanto colonial como nacional. AYLWIN, José, *Derecho indígena y derecho estatal en América Latina*, en LILLO, Rodrigo (coord.), *Resolución de conflictos en el derecho mapuche: un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico*, Universidad Católica de Temuco, 2003, pp. 138-143.

2.5.1 Familia indígena

El anteproyecto disponía que la familia indígena, así como su régimen matrimonial, debía regirse por su costumbre (cap. I, n° 4.1, letra a).¹⁶⁰ En armonía con lo anterior, y reconociendo la costumbre ancestral de la poligamia en el pueblo mapuche, el proyecto establecía “*que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a la mujer o a todas ellas por iguales, cuando fueren varias, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por solo uno de los cónyuges*”.

Sin embargo, por indicación del senador Eugenio Cantuarias, la Cámara Alta limitó el reconocimiento de las manifestaciones culturales propias de los indígenas a “*todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público*” (art. 7° de la ley).¹⁶¹ Por este motivo, entre otros, se eliminó la norma que reconocía efectos jurídicos a la poligamia en materia sucesoria, ya que –en palabras del senador Nicolás Díaz- “*tanto la poliandria como la poliginia destruyen la paz y el orden de la familia y son, por lo tanto, contrarias, desde este aspecto, al Derecho Natural*”, así, la norma en comento solo contribuiría a erosionar los valores del matrimonio monogámico, produciendo “*nefastos males sociales no sólo para todo el país, sino para los mismos a quienes se busca favorecer*”.¹⁶² Sobre el punto, el ministro Enrique Correa recordó que se trataba de una disposición aprobada por el Parlamento en el año 1931 y que se había reproducido, desde esa fecha, en todas las leyes posteriores sobre la materia.¹⁶³

2.5.2 Justicia indígena

Acogiendo la doctrina del pluralismo jurídico¹⁶⁴, y en armonía con el Convenio, el proyecto del ejecutivo reconocía “*la existencia y validez del derecho consuetudinario y la costumbre de los pueblos indígenas*”, así como su derecho “*a conservar sus costumbres e*

¹⁶⁰ CEPI, *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991, p. 34.

¹⁶¹ *Historia de la Ley n° 19.253*, boletín 514-01 (legislatura 326, sesión 20, 31 de agosto de 1993), p. 466. Disponible en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

¹⁶² *Ibid.*, (legislatura 326, sesión 22, 7 de septiembre de 1993), pp. 580-581.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 581-582.

¹⁶⁴ Siguiendo a Yrigoyen, entenderemos por pluralismo jurídico o legal “*la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico*”. YRIGOYEN, Raquel, *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos*, en CASTRO LUCIC, Milka (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 191 y 222.

instituciones propias”, siempre que éstas no fueren incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 59 del proyecto).

Como una manifestación de lo anterior, el proyecto instituía Jueces de Paz indígenas “*para conocer conflictos y asuntos menores*”¹⁶⁵ suscitados exclusivamente entre indígenas y ocurridos en la comunidad o agrupación de comunidades de su jurisdicción (art. 90 y 91 del proyecto). Estos jueces debían recurrir a “*la costumbre o derecho consuetudinario indígena como elemento fundamental para resolver*”, procurando “*llegar a acuerdos entre las partes cuando sea posible...*”.¹⁶⁶ Además, podían “*actuar como conciliadores*” en otros asuntos sometidos a su conocimiento, aunque excedieren de su competencia en razón de su cuantía, siempre que el conflicto involucrara sólo a personas indígenas (art. 92 del proyecto).¹⁶⁷

En cuanto a su relación con el poder judicial, la judicatura especial indígena se articularía con la justicia estatal en diversos aspectos, tales como –entre otros y principalmente- el establecimiento de los tribunales de paz,¹⁶⁸ la designación de sus jueces,¹⁶⁹ la revisión de sus sentencias y la resolución de las contiendas de competencia.¹⁷⁰

Con sus limitaciones, la judicatura especial indígena importaba un intento serio de reconocer a las autoridades tradicionales indígenas y las formas de impartir justicia al interior de las comunidades. Sin embargo, en el Congreso se eliminó completamente el

¹⁶⁵ Debía tratarse de hechos no constitutivos de delito, tales como: conflictos familiares o de vecindad; faltas del Libro Tercero del Código Penal; e infracciones a las leyes de alcoholes, caza y pesca, y corte o quema de especies vegetales, entre otros asuntos (art. 91 del proyecto).

¹⁶⁶ Los Jueces de Paz podrían conocer las causas de su competencia en una o varias audiencias “*sin más formalidad que la determinada por la costumbre*”, dejando constancia escrita de las multas que aplicaren y de las actuaciones, diligencias y sentencias que dictaren (art. 93 del proyecto).

¹⁶⁷ La norma exigía, además, que al menos uno de los indígenas involucrados en el conflicto tuviere su domicilio en la comunidad o agrupación de comunidades correspondiente a la jurisdicción del Juez de Paz respectivo.

¹⁶⁸ La facultad de establecer tribunales de paz indígenas correspondía a la Corte de Apelaciones respectiva, previa solicitud de una comunidad o agrupación de comunidades indígenas (art. 90 del proyecto).

¹⁶⁹ Los Jueces de Paz indígenas serían nombrados por el Presidente de la República a propuesta de la Corte de Apelaciones, la que elegía entre una terna enviada por la comunidad o agrupación de comunidades respectiva. Para ser propuesto como Juez de Paz debía ejercerse “*una autoridad tradicional o natural al interior de la comunidad...*” (art. 90 del proyecto).

¹⁷⁰ Las sentencias de los jueces indígenas serían apelables, en el solo efecto devolutivo, ante el juez letrado del territorio respectivo (art. 94 del proyecto) y los conflictos de competencia entre Jueces de Paz, o entre éstos y un juez letrado, serían conocidos y resueltos por la Corte de Apelaciones respectiva (art. 92 del proyecto).

párrafo referido a los Jueces de Paz indígenas, lo que da cuenta “*del temor del legislador al reconocimiento de ámbitos concretos de aplicación del derecho indígena en el país*”.¹⁷¹

2.5.3 Reconocimiento de costumbres y derecho consuetudinario indígenas en la nueva ley

Se ha señalado que en nuestro ordenamiento jurídico, “*los reconocimientos de la legislación a la costumbre o derecho propio de los pueblos indígenas resultan muy limitados*” en relación al contexto latinoamericano y mundial.¹⁷²

En la ley indígena, las disposiciones que reconocen algunas manifestaciones del derecho consuetudinario indígena dicen relación –principalmente- con asuntos sucesorios, de división de tierras, estado civil, aplicación de la costumbre indígena en el ámbito judicial y otras normas específicas aplicables a algunos pueblos indígenas en particular.

A propósito de la prueba del estado civil, la ley señala que “*la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir a favor de los indígenas*” las mismas obligaciones y derechos que, según la ley, emanan de la filiación y del matrimonio civil (art. 4°).

Tratándose de la división tierras indígenas provenientes de títulos de merced, el juez procederá a dividir el título común “*aplicando el derecho consuetudinario (...) y, en subsidio, la ley común*” (art. 16).¹⁷³

En la sucesión de tierras de propiedad comunitaria indígena, el juez se sujetará “*a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio por la ley común*” (art. 18).¹⁷⁴

¹⁷¹ AYLWIN, José, *Derecho indígena y derecho estatal en América Latina*, en LILLO, Rodrigo (coord.), *Resolución de conflictos en el derecho mapuche: un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico*, Universidad Católica de Temuco, 2003, p. 175.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 172-173.

¹⁷³ La norma precisa que para proceder a la división, se requiere solicitud formal de “*la mayoría de los titulares de derechos hereditarios residentes*” en la comunidad respectiva.

¹⁷⁴ En cambio, la sucesión de las tierras de propiedad individual indígena se hará conforme “*a las normas del derecho común...*” (art. 18 de la ley). Sobre el punto, valga tener presente lo dispuesto en el Convenio de la OIT, en cuanto establece el deber de respetar “*las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra*”

En las disposiciones particulares de la ley aplicables al pueblo mapuche-huilliche, la nueva ley reconoce “*el sistema tradicional de cacicados y su ámbito territorial*”, agregando el deber de las autoridades públicas de establecer relaciones adecuadas con los caciques para todos los asuntos referidos a participación indígena y administración de áreas de desarrollo indígena (art. 61).

Respecto a los pueblos del norte de Chile, la ley reconoce expresamente la “*propiedad ancestral*” de los pueblos indígenas del norte sobre los derechos de aguas de sus comunidades, sin perjuicio de los derechos inscritos por terceros conforme al Código de Aguas (art. 64 y 3° transitorio).

En el ámbito de la justicia civil, la nueva ley establece que la costumbre indígena “*constituirá derecho*” si se hace valer “*en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia*”, siempre que no sea incompatible con nuestra Carta Fundamental (art. 54 inc. 1°). Esta norma es de un carácter excepcionalísimo en nuestro ordenamiento jurídico, pues reconoce validez a la costumbre incluso *contra legem*, haciéndola prevalecer sobre la ley común en caso de conflicto entre ambas, ya que el límite de la costumbre indígena viene dado por el texto constitucional, no por la ley.

En materia penal, la costumbre indígena podrá considerarse como antecedente para aplicar una atenuante o eximente de responsabilidad¹⁷⁵ (art. 54 inc. 1°).

En cuanto a la prueba de la costumbre indígena, ésta podrá acreditarse por cualquier medio legal y, especialmente, por un informe pericial evacuado por la CONADI (art. 54 inc. 2°).

Por otra parte, la ley señala que en cualquier “*causa indígena*”, el juez debe aceptar el uso de la lengua materna indígena si así es solicitado por la parte interesada, debiendo asesorarse por un traductor idóneo que proveerá la CONADI (art. 54 inc. 3°).¹⁷⁶

entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos” (art. 17.1 del Convenio), sin distinguir entre tierras indígenas de propiedad individual o comunitaria.

¹⁷⁵ Esta norma guarda perfecta concordancia con lo establecido en el Convenio, en cuanto dispone que las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse en asuntos penales, deben “*tener en cuenta*” las costumbres de los pueblos indígenas sobre la materia (art. 9.2).

2.6 Conciliación y procedimiento judicial en los conflictos de tierras

La nueva ley señala que para prevenir un litigio eventual o poner fin a “*un juicio sobre tierras*” en el que se halle “*involucrado algún indígena, los interesados*” pueden acudir voluntariamente a la CONADI, organismo que será representado por un abogado que oficiará “*como conciliador y ministro de fe*” en procura de la solución extrajudicial del asunto controvertido (art. 55).

Como indica la norma, esta conciliación administrativa puede solicitarse en cualquier conflicto sobre tierras, por lo que tiene un campo de aplicación más amplio que el procedimiento especial regulado en el art. 56 y siguientes de la ley, el que fue expresamente limitado por el legislador a cuestiones sobre “*tierras indígenas*” (art. 56). Además, así se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, ya que el Congreso rechazó la indicación del senador designado William Thayer de limitar dicha institución a las tierras indígenas, lo que da cuenta de que el legislador quiso hacer aplicable la conciliación “*a toda clase de conflictos de tierras donde estuvieren involucrados indígenas*”.¹⁷⁷

En cuanto a su tramitación, la conciliación no está sujeta a solemnidad alguna, salvo la obligación de levantar acta de lo acordado, si así ocurre, la que tendrá mérito ejecutivo y –como equivalente jurisdiccional- producirá efecto de cosa juzgada en última instancia.

Este procedimiento conciliatorio ha sido calificado –por algunos- como uno de los mayores aciertos de la ley, pues por sus características es más cercano a la costumbre jurídica indígena, lo que contribuye a conservar la paz social en las comunidades, junto con ahorrar tiempo y dinero a los propios indígenas. Además, se obtiene la solución definitiva de los conflictos, a diferencia de lo que acontece muchas veces con las sentencias

¹⁷⁶ Respecto a dicha norma, en relación con la aplicación de la reforma procesal penal, la Defensora Regional de la Araucanía –Sandra Jélvez- explica que en un primer momento se discutió si el uso de la lengua vernácula debía permitirse “*solamente cuando el imputado no supiera hablar en castellano*”. A poco andar, se asentó el criterio de que es un derecho de la persona indígena expresarse en su propio idioma, independientemente de si habla el castellano o no. JÉLVEZ, Sandra y LÓPEZ ALLENDES, Jaime, *La aplicación de la reforma procesal penal en la región de la Araucanía*, en STIPPEL, Jörg y VALENZUELA, Mylene (ed.), *Reforma a la justicia: una visión de los derechos indígenas*, Ministerio de Justicia, Santiago, 2006, pp. 59-60.

¹⁷⁷ LÓPEZ ALLENDES, Jaime, *La conciliación judicial y administrativa en la ley indígena 19.253*, en *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos en el tercer milenio*, Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, p. 755.

judiciales, las que, generalmente, dan origen a un sinnúmero de nuevos litigios por denuncias recíprocas de usurpación, juicios reivindicatorios, de demarcación y cerramiento, interdictos posesorios –entre otros-, no haciendo más que dilatar la resolución del conflicto.¹⁷⁸

Por otra parte, la ley indígena creó un procedimiento especial para los casos de conflictos sobre “*tierras indígenas*” a que de lugar su “*dominio, posesión, división, administración explotación, uso y goce*”, así como las cuestiones originadas en actos y contratos referidos a tierras indígenas, siempre que en estos asuntos sean parte o tengan interés personas indígenas (art. 56 de la ley).¹⁷⁹

Respecto de los juicios “*derivados de la aplicación de un contrato sobre tierras indígenas*”, el proyecto del ejecutivo contemplaba la facultad del juez de poner término al contrato si se acreditaban vicios que afectaban el consentimiento otorgado por las partes o que vulneraban “*las prohibiciones legales de enajenar que pesan sobre la propiedad indígena*” (art. 78 del proyecto). Además, la misma norma del proyecto estipulaba que en estos casos la acción podía ejercerla “*cualquiera que tenga interés en ello*”, facultando al juez para resolver conforme a las reglas de la sana crítica. Estas disposiciones apuntaban, principalmente, a dejar sin efecto las ventas fraudulentas de tierras indígenas verificadas a través de diversos mecanismos, tales como –entre otros- los arrendamientos a 99 años. Sin embargo, esta normativa del proyecto fue eliminada en el Congreso.

Otras disposiciones desechadas por el Parlamento fueron la posibilidad de interponer la demanda verbalmente (art. 59 del proyecto), así como algunas normas específicas aplicables a la segunda instancia.¹⁸⁰

No obstante lo anterior, en un aspecto procedimental, la nueva ley significó una innovación en relación con la normativa procesal común de la época, pues estableció la obligatoriedad del llamado a conciliación en la audiencia de contestación y avenimiento, al ordenar que el juez personalmente “*propondrá bases de conciliación*” (art. 56 n° 2 y 3), sin

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ La norma agrega que estos asuntos son de competencia del juez de letras en que se ubica el inmueble y que el procedimiento se rige por las disposiciones de los Libros I y II del código del ramo, con las modificaciones indicadas en los numerales 1 a 11 del art. 56 de la Ley Indígena.

¹⁸⁰ El proyecto ordenaba a las Cortes de Apelaciones ubicadas en áreas indígenas “*especializar una de sus salas en asuntos indígenas*”, agregando que las causas indígenas gozarían de preferencia para su vista y fallo en el tribunal de alzada (art. 82 y 83 del proyecto).

perjuicio de la facultad del tribunal de llamar a las partes a conciliación en cualquier etapa del juicio (art. 56 n° 11).

Comentarios

De los tres grandes acuerdos alcanzados en Nueva Imperial, sólo uno pudo concretarse –la nueva ley indígena- pero de modo muy debilitado en relación con los contenidos consensuados en el anteproyecto de la CEPI.

No obstante lo anterior, existía optimismo en el movimiento indígena y la nueva ley, en su gran mayoría, fue valorada positivamente, aunque ya asomaban algunas voces críticas. Entre estos últimos –v. gr.- el histórico dirigente mapuche José Santos Millao, quien manifestó su rechazo a la Ley Indígena porque las principales demandas de los pueblos indígenas fueron rechazadas o desvirtuadas en el Congreso, refiriéndose expresamente al no reconocimiento constitucional, la eliminación de los conceptos de pueblos y territorios indígenas, la casi nula participación política, entre otras materias.¹⁸¹

¹⁸¹ Diario *El Mercurio*, 29 de septiembre de 1993. Citado por SAAVEDRA, Alejandro, *Los mapuche en la sociedad chilena actual*, Santiago, 2002, p. 133.

CAPÍTULO TERCERO

EVOLUCIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN SOBRE INDÍGENAS. DOCUMENTOS OFICIALES, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN POSTERIORES A LA LEY 19.253

1. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas

1.1 Génesis y objetivos de la Comisión

A pesar del avance que significó la promulgación de la nueva ley indígena, importantes compromisos adquiridos en Nueva Imperial (1989) no habían podido ser cumplidos por los sucesivos gobiernos de la Concertación al principiarse este nuevo siglo. Además, durante el mandato del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000) aumentaron las demandas sociales indígenas, registrándose varios incidentes en el marco de las reivindicaciones de tierras y de las protestas por la construcción de la central hidroeléctrica Ralco en la zona del alto Bío Bío,¹⁸² llamando la atención de los medios de comunicación y la ciudadanía en general.

Por estos motivos, entre otros, numerosas comunidades y organizaciones indígenas no estaban conformes con la política indígena, enfatizando al país –junto a sus reivindicaciones tradicionales- la necesidad de reconocer constitucionalmente su existencia como pueblos “y promover un entendimiento basado en la construcción de una sociedad multicultural”.¹⁸³

En ese contexto, el presidente Ricardo Lagos (2000-2006) decidió crear “una comisión ad-hoc que (...) propusiera un nuevo enfoque para las políticas públicas que dicen relación con los pueblos indígenas”.¹⁸⁴ Así, mediante el Decreto Supremo n° 19 (18 de enero de 2001), se creó la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos

¹⁸² De hecho, la oposición de la CONADI a la construcción de dicha represa acarreó la intervención del organismo por parte de la Presidencia de la República, lo que implicó la remoción de sus dos primeros directores nacionales, Mauricio Huenschulaf y Domingo Namuncura.

¹⁸³ *Reformas a la legislación indígena: propuestas de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, en *Bitácora legislativa*, núm. 366, Programa de Asesoría Legislativa, Santiago, 2003, p. 6.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 8.

Indígenas (en adelante simplemente la Comisión), organismo que tuvo por mandato informar acerca de la visión de nuestros pueblos indígenas sobre la historia de Chile (art. 1° del decreto) y recomendar “*mecanismos institucionales, jurídicos y políticos para una plena participación, reconocimiento y goce de los derechos de los pueblos indígenas*” en nuestro sistema democrático (art. 2°, letra c).

Para realizar su labor, la comisión se organizó en grupos de trabajo territoriales y temáticos, en cada uno de los cuales participaron decenas de representantes de los pueblos indígenas junto a intelectuales, académicos, expertos, profesionales y técnicos, tanto indígenas como no indígenas. De este modo, se creó un grupo de trabajo para cada pueblo indígena en particular, incluidos los urbanos, y grupos de trabajo temáticos para abordar los siguientes tópicos: revisión histórica;¹⁸⁵ legislación e institucionalidad;¹⁸⁶ y desarrollo económico y social.

Finalmente, luego de más de dos años de trabajo, la Comisión entregó su informe¹⁸⁷ al presidente Ricardo Lagos, el día 28 de octubre de 2003.

1.2 Principales propuestas de la Comisión

En su informe, la Comisión formula numerosas recomendaciones para un nuevo trato entre los pueblos indígenas, el estado y la sociedad chilena, para lo cual sugiere que las modificaciones a nuestra institucionalidad y ordenamiento jurídico vayan acompañadas

¹⁸⁵ En cuanto al análisis de la relación histórica de los pueblos indígenas con el Estado chileno y la sociedad mayor, precisaba el entonces Presidente de la República, Ricardo Lagos, que aquello se hizo “*no con el propósito de crear una historia o verdad oficial*”, sino para incorporar a un debate plural la visión y voz de “*aquellos que estuvieron ausentes de los libros de historia...*”. SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN Y CULTURA, *Nuevo trato con los pueblos indígenas: derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural*, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Santiago, 2004, pp. 8 y 32-33.

¹⁸⁶ El Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad estuvo a cargo de Carlos Peña y contó entre sus integrantes con destacados especialistas en la materia, no sólo abogados sino también expertos en sociología jurídica y antropología jurídica.

¹⁸⁷ El informe consta de cuatro volúmenes: el primero contiene la revisión histórica y las propuestas de la Comisión para un nuevo trato; el segundo un estudio relativo a la propiedad actual de las tierras comprendidas en 413 títulos de meced, junto con mapas y antecedentes; el tercer volumen reúne los informes finales de los grupos de trabajo con sus propuestas respectivas; y el último consigna las actas de las sesiones de la Comisión. El texto completo del informe puede hallarse en internet en el siguiente enlace de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos: <http://www.memoriachilena.cl/noticias/index.asp?id=973056855>

del “*establecimiento de mecanismos eficientes y eficaces para la plena realización*” y protección de los derechos consagrados legalmente.¹⁸⁸

A continuación, enunciaremos las principales sugerencias de connotación jurídica emanadas de la Comisión y del Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad.

1.2.1 Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas de Chile

La Comisión recomienda que nuestra Carta Fundamental reconozca la existencia de los pueblos indígenas, garantizando la diversidad étnico-cultural de la nación chilena, y asegurando en favor de nuestros pueblos originarios el ejercicio de un conjunto de derechos de carácter colectivo.

Un reconocimiento de esta naturaleza permitiría corregir “*la invisibilidad y negación de que han sido objeto los pueblos indígenas*”, además de constituirse en guía interpretativa y “*directriz general para el resto del ordenamiento jurídico*”, así como para el accionar público y privado.¹⁸⁹

Además, valga recordar que el reconocimiento constitucional es uno de los compromisos incumplidos por el gobierno, desde la suscripción del Acta de Nueva Imperial (1989), y continúa siendo una de las demandas principales del movimiento indígena. Por otra parte, dicho reconocimiento guardaría perfecta armonía con los avances del derecho internacional y comparado en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, especialmente en la región americana.¹⁹⁰

1.2.2 Derechos colectivos de los pueblos indígenas que la Comisión recomienda consagrar constitucionalmente

En armonía con el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, la Comisión sugiere que tanto en nuestra Carta Fundamental como en nuestra legislación se

¹⁸⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, p. 535.

¹⁸⁹ *Reformas a la legislación indígena: propuestas de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, en *Bitácora legislativa*, núm. 366, Programa de Asesoría Legislativa, Santiago, 2003, p. 10.

¹⁹⁰ De los países del cono sur con población indígena (esto es, excluido Uruguay), sólo en Chile los pueblos indígenas no gozan de reconocimiento constitucional.

establezca un estatuto especial que regule los derechos que pasan a desarrollarse, brevemente, a continuación.

A. Derechos políticos

Se refieren a la capacidad de los pueblos indígenas de participar en los órganos estatales que adoptan decisiones o medidas susceptibles de afectarles, como personas y como pueblos.¹⁹¹

Para lo anterior, la Comisión sugiere otorgar a los pueblos indígenas los siguientes derechos:

A.1 Participación en la formación de la voluntad general de la nación, eligiendo sus propios representantes en el Congreso, por una parte y, por otra, en el gobierno a nivel comunal y regional

Para lo anterior, se propone la creación de un Registro Electoral Indígena, de carácter público, nacional y único, siguiendo el criterio de la autoidentificación.

En cuanto a la fórmula de representación parlamentaria indígena, la Comisión deja abierta la posibilidad de que la misma se establezca para ambas cámaras, o bien, sólo para una de ellas, y en qué número de representantes, debiendo convenirse en su momento si aquello se hace en base a una circunscripción de carácter territorial o no.

En cuanto al sistema electoral, la Comisión señala que al diseñarse los instrumentos legales pertinentes deberá determinarse si resulta admisible que quienes participen en la elección de representantes indígenas puedan también hacerlo en las elecciones que forman la voluntad general de la nación, o bien, si los electores indígenas deben optar por una de estas representaciones.

En el ámbito del gobierno comunal y regional, la Comisión sugiere asegurar representación indígena en los concejos municipales y consejos regionales en áreas de alta

¹⁹¹ En el ámbito del derecho internacional, el Convenio 169 de la OIT establece el derecho de los pueblos indígenas a “participar libremente (...) y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (art. 6.1 letra b).

concentración indígena. Para ello –agregan– sería recomendable rediseñar la división política administrativa en esas zonas, especialmente el espacio municipal.

A.2 Reconocimiento de las instituciones e instancias organizativas propias de cada uno de los pueblos indígenas

Dicho reconocimiento debe ir acompañado del establecimiento de instancias que favorezcan mejores y mayores niveles de interlocución a través de ellas con la institucionalidad estatal “*y con el sector privado, especialmente en todo cuanto concierna a su territorio y recursos*”.¹⁹²

A.3 Participación en la discusión, formulación, ejecución y evaluación de políticas, leyes y programas que les conciernan

Este derecho se relaciona con los derechos de participación y la obligación gubernamental de consulta consagrados en el Convenio 169 de la OIT.¹⁹³

Sin perjuicio de las instancias de participación ya existentes en nuestra legislación, la Comisión recomienda la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas que permita optimizar la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre políticas públicas que les conciernan. Dicho Consejo tendría rango legal y sería de elección democrática en base al Registro Electoral Indígena cuya creación también propone la Comisión. En cuanto a su integración, funciones y la posibilidad de instituir capítulos regionales de dicho Consejo, la Comisión deja su regulación a las normas que, eventualmente, se dictaren al efecto.¹⁹⁴

¹⁹² COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, p. 537.

¹⁹³ El Convenio establece la obligación gubernamental de consultar a los pueblos indígenas “*mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*” (art. 6.1 letra a); dicha consulta debe “*efectuarse de buena fe y (...) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*” (art. 6.2). En esta materia, además, el Estado debe asegurar la participación de los pueblos indígenas “*en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*” (art. 7.1 del Convenio).

¹⁹⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, pp. 537-538 y 550-552.

B. Derechos territoriales

Nos referimos a los derechos de los pueblos indígenas relacionados con sus tierras, territorios y los recursos naturales situados en ellos, para cuyo resguardo la Comisión propone las medidas legales siguientes:

B.1 Territorios indígenas

A propósito de dichos espacios territoriales, la Comisión sugiere reconocer y demarcar los territorios indígenas, así como también reconocer su derecho a participar en la gestión de los mismos.

En este orden de ideas, se estima recomendable reemplazar la expresión Área de Desarrollo Indígena contenida en la Ley 19.253 (art. 26), por la de Territorio Indígena, manteniendo los criterios legales para su establecimiento.¹⁹⁵

Adicionalmente, tanto el establecimiento de nuevos Territorios Indígenas –o Áreas de Desarrollo Indígena– como la gestión de los mismos debe hacerse según los estándares fijados por el Convenio 169 de la OIT sobre participación y consulta.

B.2 Tierras indígenas¹⁹⁶

En armonía con el Convenio de la OIT,¹⁹⁷ se recomienda mantener el régimen protector de las tierras indígenas establecido en la Ley 19.253 y perfeccionarlo mediante la “*demarcación, titulación y protección de aquellas tierras sobre las cuales se demuestre propiedad ancestral indígena*”.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Ver apartado 2.2 del capítulo II de esta memoria, sobre “Tierras y territorios indígenas”.

¹⁹⁶ Ver acápite 2.2 del capítulo anterior de este documento.

¹⁹⁷ El Convenio 169 establece el deber de los Estados de reconocer a los pueblos indígenas “*el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*” y a adoptar las medidas necesarias para “*determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente*” garantizando la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, debiendo instituir “*procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas*” por los pueblos indígenas (art. 14 del Convenio).

¹⁹⁸ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, p. 540.

Tratándose de tierras ancestrales indígenas actualmente en poder del Estado, la Comisión sugiere que las mismas sean transferidas en dominio a las comunidades indígenas que acrediten su ocupación inmemorial.¹⁹⁹

Si dichas tierras se hallan en manos de particulares no indígenas, deben establecerse mecanismos legales de reclamación, adecuados, de bajo costo, expeditos, efectivos y eficaces.

B.3 Recursos naturales

La Comisión recomienda proteger los derechos de los pueblos indígenas de “*propiedad, administración, utilización y beneficio*” sobre los recursos naturales ubicados en tierras y territorios indígenas.²⁰⁰

En este punto, la Comisión va más allá que el texto del Convenio de la OIT, ya que dicho instrumento internacional no declara el dominio de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales situados en sus tierras y territorios, sino que establece el deber estatal de garantizar a los pueblos indígenas su participación “*en la utilización, administración y conservación de dichos recursos*” (art. 15.1 del Convenio). De todos modos, valga señalar que la Comisión advierte que los derechos territoriales que enuncia no “*entran en conflicto con la propiedad superficial*”, cuya regulación entiende “*entregada plenamente al derecho común*”.²⁰¹

Además, se sugiere establecer en favor de los pueblos indígenas un derecho preferente para la obtención de concesiones estatales de explotación de los recursos naturales localizados en tierras y territorios indígenas. Conforme a las reglas generales del ordenamiento jurídico nacional –agrega la Comisión– dicha preferencia “*no puede afectar derechos ya constituidos en materia de concesiones*”.²⁰²

¹⁹⁹ Por sus características –en opinión de la Comisión– esta modalidad de traspaso sería muy apropiada para los pueblos indígenas rapa nui y del norte de Chile (aymaras, atacameños, quechuas y collas).

²⁰⁰ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, p. 541.

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 538.

²⁰² *Ibíd.*, p. 541.

Sobre este punto, recordemos que el proyecto de ley indígena del ejecutivo²⁰³ (1991) contemplaba un derecho preferente de características similares al propuesto por la Comisión, sin embargo el mismo no tuvo recepción en la Ley 19.253, ya que fue eliminado en el Congreso.

En caso de implementarse proyectos de inversión públicos o privados en tierras y territorios indígenas, y en consonancia con el Convenio 169 de la OIT, la Comisión recomienda establecer cuatro derechos fundamentales en favor de los pueblos indígenas, a saber: consulta, participación en los beneficios que se generen, compensación por daños y prohibición de traslado.

Conforme a los estándares del Convenio,²⁰⁴ la consulta debe ser previa, efectuada de buena fe y *“con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”* (art. 6.2 del Convenio 169).

En caso de desarrollarse actividades productivas en tierras y territorios indígenas, la Comisión hace suyas las directrices operativas del Banco Mundial (Directrices Operativas BM 4.20, 1991), que obligan a los inversionistas –entre otros deberes- a *“convenir con los pueblos indígenas el otorgamiento de beneficios económicos y sociales del proyecto”* y a evitar o minimizar los impactos adversos del proyecto, debiendo resarcir todo perjuicio ocasionado.²⁰⁵

La Comisión recomienda consagrar legalmente la prohibición general de trasladar pueblos o comunidades indígenas de sus territorios, salvo que circunstancias excepcionales así lo ameriten, de acuerdo a los criterios fijados en el art. 16 del Convenio de la OIT (ver nota n° 148). En esta materia, valga recordar que tanto el anteproyecto de la CEPI como el

²⁰³ Los titulares de tierras indígenas, *“en igualdad de condiciones con otros interesados, tendrán derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros, de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, de utilización y uso de riberas y cualquier otra concesión que el Estado esté facultado para otorgar en conformidad a las leyes vigentes, en tierras y áreas de desarrollo indígena y riberas y aguas colindantes con ellas”* (art. 18 del proyecto de ley indígena).

²⁰⁴ Los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos indígenas *“antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”* (art. 15.2 del Convenio 169).

²⁰⁵ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, pp. 543-544. En el mismo sentido, el Convenio de la OIT establece el derecho de los pueblos indígenas a *“participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”* (art. 15.2 del Convenio).

proyecto del ejecutivo (art. 25 del proyecto) contemplaban dicha prohibición, pero la misma no llegó a ser parte del contenido de la Ley 19.253 al ser rechazada en el Parlamento.

C. Derechos culturales

En este ámbito, la Comisión propone un amplio reconocimiento del derecho consuetudinario y del derecho propio de los pueblos indígenas.

Sin perjuicio de las manifestaciones de derecho consuetudinario indígena reconocidas en nuestra legislación,²⁰⁶ se sugiere ampliar su recepción en materia de derecho sucesorio, de familia, de vecindad –entre otros- siempre que se trate de personas pertenecientes a un mismo pueblo indígena. En caso de disputas entre indígenas y no indígenas, deben primar las reglas jurídicas de la sociedad mayor.

En cuanto al derecho propio de los pueblos originarios, la Comisión precisa que con dicha expresión designa una noción más amplia que la de derecho consuetudinario indígena, ya que no sólo incluye este último, sino también *“las formas deliberadas de creación de derecho y las diversas formas de jurisdicción”* de los pueblos indígenas.

En este orden de ideas, se recomienda promover las formas de impartir justicia propias de los pueblos indígenas, privilegiando mecanismos de arbitraje institucional frente a las autoridades tradicionales de dichos pueblos, lo que permitiría la aplicación de su derecho propio *“allí donde exista y posea vigencia social”*, con la única limitación de no conculcar derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos. Por esto último, debe articularse la justicia indígena con el derecho estatal, contemplando medios de impugnación ante la justicia estatal en caso de vulneración de garantías fundamentales.²⁰⁷

²⁰⁶ Ver acápite 2.5.3 del capítulo II de esta memoria, denominado “Reconocimiento de costumbres y derecho consuetudinario indígenas en la nueva ley”.

²⁰⁷ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, pp. 548-549.

1.2.3 Propuestas y recomendaciones de la Comisión relativas al pueblo rapa nui y a la situación de las tierras mapuche

El informe de la Comisión contiene numerosas recomendaciones, referidas algunas a cada pueblo indígena en particular, otras sobre indígenas urbanos y otras sobre materias específicas de diversa índole. De todas ellas, hemos querido rescatar las propuestas de orden jurídico referidas a dos pueblos indígenas en particular, pues se refieren a cuestiones que ya esbozamos en el primer capítulo.

En lo que dice relación con el pueblo rapa nui, la Comisión sugiere la adopción de las siguientes medidas:²⁰⁸

- Ratificación por el Congreso Nacional del Acuerdo de Voluntades suscrito entre el pueblo rapa nui y el Estado chileno (1889);
- Otorgamiento de un estatuto de autonomía para la isla, sobre la base de los principios del Acuerdo de Voluntades;
- Derogación del art. 1° del DL 2.885 (1979), vigente por disposición del art. 79 de la Ley Indígena, que permite a personas de origen no rapa nui ser beneficiarios de tierras en la isla.

Tratándose de tierras mapuches provenientes de títulos emanados del Estado chileno, que hayan pasado a manos de particulares de modo ilegítimo, la Comisión propone la creación de una Corporación de Reparación,²⁰⁹ con la tarea de determinar en qué casos “*procede que el Estado restituya y/o compense*” las pérdidas de tierras originalmente incluidas en dichos títulos de dominio.²¹⁰

En cuanto a los mecanismos de restitución, sugiere favorecer la conciliación, promoviendo acuerdos transaccionales entre los involucrados. Si no hay acuerdo, la Comisión estima que “*debe procederse a la expropiación de las tierras correspondientes*”, para lo cual deberá promulgarse una ley expropiatoria que determine los predios cuya

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 569-572.

²⁰⁹ Por sus características, dicha corporación guarda varias similitudes con la Comisión de Restitución de Tierras Usurpadas creada durante el gobierno de Allende, y que dependía de la DASIN.

²¹⁰ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, p. 577.

expropiación –conforme a lo resuelto por la Corporación al finalizar su mandato- debe ser considerada de utilidad pública o interés nacional.²¹¹

Sobre este punto, la Comisión no pierde de vista que las adquisiciones ilegítimas de estas tierras –reprochables en su origen- están legalmente saneadas por la prescripción, de modo que a los dueños actuales “*de esas tierras nada puede serles, personalmente, reprochado*”. Por lo mismo, los costos de reparación no deben recaer en ellos sino en el conjunto de la comunidad nacional, pues no se trata de un conflicto bilateral entre particulares, sino de un problema público con profundas raíces históricas que compromete la responsabilidad del Estado en sus causas y en la búsqueda de una solución definitiva. Por estas razones, la Comisión estima que las compensaciones deben hacerse con cargo a rentas generales de la nación, para no gravar en exceso a un determinado grupo de ciudadanos.²¹²

La creación de la Corporación de Reparación –en opinión de la Comisión- debe hacerse por ley, sin otorgarle facultades jurisdiccionales ni imperio y garantizando su integración con miembros imparciales y de reconocida probidad, que cuenten con la más alta competencia jurídica, técnica e histórica en la materia. Para cumplir su mandato, se recomienda un plazo no superior a 3 años, término cuya brevedad la Comisión justifica en razones de política pública, ya que así, por una parte, se resolverían definitivamente las reclamaciones de tierras y, por otra, se atenuaría la incertidumbre que sobre las tierras reclamadas pesa en la actualidad.²¹³

Comentarios

Teniendo presente la integración plural de la Comisión, es de destacar que casi la totalidad de sus propuestas hayan sido adoptadas por la unanimidad de los miembros de los distintos grupos de trabajo.²¹⁴

²¹¹ *Ibíd.* A propósito de dicho mecanismo de restitución (la expropiación), recordemos que la Ley 19.253 no lo contempla, sino que admite –entre otros- la compra de tierras, modalidad que ha tenido como consecuencia el aumento casi exponencial del precio de los predios reclamados en el sur.

²¹² *Ibíd.*, pp. 576-578.

²¹³ *Ibíd.* Al respecto, la Comisión señala haber adquirido la convicción de que sería un error pretender que las reclamaciones de tierras duerman en el olvido por el paso del tiempo, ya que aquello solo perpetuaría los conflictos actuales.

²¹⁴ Respecto a las recomendaciones emanadas del Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad, sólo uno de sus integrantes –Lucas Sierra- sostuvo una opinión de minoría, específicamente, acerca del reconocimiento de derechos indígenas de naturaleza colectiva. Sobre el punto, véase SIERRA, Lucas, *La Constitución y los*

En cuanto al análisis y recepción de las recomendaciones del informe, el ejecutivo divulgó oficialmente los lineamientos de su nueva política indígena²¹⁵ acogiendo expresamente varias de las sugerencias de la Comisión. Así, el Estado compromete sus esfuerzos para lograr el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, junto con impulsar las modificaciones legales que permitan profundizar los derechos políticos y de participación indígena “*en el diseño, ejecución y evaluación*” de las políticas, programas y proyectos de inversión que les conciernan, asegurando “*la integralidad, intersectorialidad y pertinencia cultural en el accionar de agencias y servicios públicos...*”. En este orden de ideas se enmarcan los objetivos gubernamentales de crear el Consejo de Pueblos Indígenas, otorgar “*un estatuto de administración especial de la Isla de Pascua*” y reformar las leyes sectoriales con miras a compatibilizar las mismas con el ejercicio de los derechos de participación indígenas.²¹⁶

Otras propuestas de orden jurídico no desarrolladas directamente por el ejecutivo pueden entenderse tácitamente compartidas por el gobierno al expresar su intención de conseguir la ratificación parlamentaria del Convenio 169 de la OIT, lo que se traduciría en el reconocimiento de derechos políticos, participativos, territoriales y culturales, tales como –v. gr.– la obligación de consulta, la prohibición general de traslado, un mayor grado de recepción del derecho consuetudinario indígena, entre otros.

Sin embargo, llama la atención que algunas recomendaciones de la Comisión no hayan sido objeto de mención ni pronunciamiento alguno de parte del gobierno. Entre las materias omitidas, podemos destacar la posibilidad de garantizar representación indígena en el Congreso Nacional, el establecimiento de derechos preferentes para obtener concesiones estatales de explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la creación de la Corporación de Reparación en los términos ya señalados.

Por otra parte, una vez conocido el informe, los sectores conservadores del país, principalmente aquellos ligados a la Fundación Libertad y Desarrollo, manifestaron

indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo, en *Revista Derecho y Humanidades*, núm. 11, Universidad de Chile, Santiago, 2005, pp. 105-110.

²¹⁵ Véase SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN Y CULTURA, *Nuevo trato con los pueblos indígenas: derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural*, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Santiago, 2004, especialmente el apartado IV, titulado “Política indígena de nuevo trato”, pp. 35-41.

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 37.

públicamente su rechazo a las recomendaciones de la Comisión,²¹⁷ especialmente respecto a las siguientes propuestas: creación de territorios indígenas; reconocimiento de derechos colectivos; representación indígena en el Congreso y a nivel de gobierno regional y comunal; y creación de un Consejo de Pueblos Indígenas.²¹⁸

Finalmente, cabe señalar que en el mediano plazo, el gobierno no pudo concretar ninguna de las modificaciones legales correspondientes a su política de nuevo trato con los pueblos indígenas, situación que sólo vino a revertirse, parcialmente, en el año 2008, con la promulgación de la ley que crea el espacio costero marino de los pueblos indígenas y la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas.

2. Informes de los Relatores Especiales de la ONU sobre la situación de los derechos indígenas en Chile

Las mismas razones que justificaron la creación de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, motivaron en el año 2003 la visita oficial del Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas²¹⁹ –Rodolfo Stavenhagen– para estudiar la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Chile, y efectuar recomendaciones al respecto.

Posteriormente, en el año 2009, el actual Relator Especial, James Anaya, visitó Chile con la misma finalidad, junto con el objetivo específico de realizar un seguimiento a las recomendaciones efectuadas por el Relator Stavenhagen.

A continuación, expondremos las principales conclusiones y recomendaciones, especialmente de orden jurídico, consignadas en el informe del Relator Stavenhagen²²⁰ (en adelante simplemente el *informe 2003* o *informe Stavenhagen*, indistintamente), así como

²¹⁷ “...si se implementan las propuestas de la Comisión (...) los pueblos indígenas estarán condenados a la separación, el inmovilismo cultural y la pobreza”. VON BAER, Ena y LARROULET, Cristián, *Indígenas: confinados al inmovilismo y la pobreza*, en diario *El Mercurio*, 1 de noviembre de 2003, p. A1.

²¹⁸ Véase GUZMÁN, Eugenio (ed.), *La cuestión mapuche: aportes para el debate*, Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2003.

²¹⁹ La Relatoría fue instituida por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2001/57, de 24 de abril de 2001.

²²⁰ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. Misión a Chile*, documento ONU E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.

las señaladas en el informe del Relator Anaya²²¹ (en adelante, el *informe Anaya* o *informe 2009*, indistintamente).

2.1 Informe del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen (2003)

En cuanto a los antecedentes históricos, el Relator Especial consigna que la incorporación de los territorios de los pueblos indígenas al Estado chileno significó la pérdida progresiva de su soberanía, tierras y recursos naturales, junto a un “*acelerado proceso de asimilación impuesto por las políticas y las instituciones de la república*”, lo que redundó en la negación o “*invisibilización*” de los pueblos indígenas del imaginario de la nación chilena y su exclusión de la vida política del país (párr. 10 y 12 del informe).

Por lo anterior, el Relator Especial valora positivamente la dictación de la Ley Indígena de 1993, ya que en dicho instrumento legal el Estado reconoce derechos específicos –de participación, territoriales y culturales- a los pueblos indígenas de Chile (párr. 12). Sin embargo, el Relator señala una serie de inconvenientes que identifica como asuntos prioritarios que atender.

En materia de derechos territoriales, el informe destaca el aumento de tierras indígenas al amparo del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de la Ley 19.253, aunque constata que dicho fondo ha comenzado “*a revelarse insuficiente debido, entre otros factores, a un aumento especulativo de los precios*” de los predios reivindicados por el pueblo mapuche (párr. 20). Además, el programa de adquisición de tierras indígenas sólo prevé la titulación privada de dichos predios, pero no la restitución de antiguas tierras comunitarias.

Por otra parte, el Relator constata la ejecución de numerosos proyectos de inversión, pública y privada, en tierras y territorios indígenas, sin información, participación, ni consulta a las comunidades afectadas, situaciones –concluye el informe- que dan cuenta de

²²¹ ANAYA, James, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, documento ONU A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009.

que “los mecanismos de participación previstos en la Ley Indígena no han dado el resultado esperado...” (párr. 17).²²²

Los problemas recién descritos se ven agravados por el hecho de que la Ley 19.253 entra en conflicto con diversas leyes sectoriales (aguas, minería, pesca y acuicultura, etc.), las que facilitan y protegen la inscripción de derechos de propiedad privados respecto de recursos naturales situados en tierras indígenas, permitiendo constituir en favor de terceros derechos de exploración y explotación de dichos recursos (párr. 26, 27 y 54). Lo anterior, evidenciaría que la Ley Indígena –sumado a un marco normativo ambiguo- no protege adecuadamente algunos derechos fundamentales de los pueblos indígenas (párr. 41).

En otro ámbito, el Relator analiza algunos aspectos de la política criminal del gobierno a propósito de ilícitos verificados en el marco del conflicto por reivindicaciones de tierras mapuches, manifestando su preocupación acerca del juzgamiento de civiles por tribunales militares y la aplicación de la denominada Ley Antiterrorista²²³ respecto de delitos contra la propiedad pública y privada, principalmente (incendio, daños, etc.).

En este mismo orden de ideas, llama la atención del Relator Especial el sometimiento a la justicia militar de cualquier ilícito en que se vea involucrado un uniformado, ya sea como víctima o imputado (párr. 36).²²⁴

Así, concluye el Relator, la aplicación de la Ley Antiterrorista y el fuero militar afectan garantías básicas propias del debido proceso y resultan, además, en la criminalización de reivindicaciones legítimas y en la judicialización de un conflicto esencialmente político y social (párr. 36-38 y 40).²²⁵

²²² Entre otros, el informe menciona la construcción del baipás en Temuco y la carretera de la costa en la misma región (esta última, en tierras de comunidades mapuche-lafquenche), y la central hidroeléctrica Ralco, ejecutada “incluso contra la opinión técnica de la CONADI y otros servicios públicos del estado” (párr. 24).

²²³ Ley 18.314, Determina conductas terroristas y fija su penalidad, *Diario Oficial*, 17 de mayo de 1984.

²²⁴ Así ha acontecido, por una parte, en los casos de maltrato de obra a miembros de la fuerza pública en el marco de movilizaciones u ocupaciones de fundos y, por otra –v. gr.- en el caso del carabinero que dio muerte al menor mapuche Alex Lemún, el 13 de noviembre de 2002.

²²⁵ En el mismo sentido se ha manifestado la Defensora Regional de la Araucanía, Sandra Jélvez. JÉLVEZ, Sandra y LÓPEZ ALLENDES, Jaime, *La aplicación de la reforma procesal penal en la región de la Araucanía*, en STIPPEL, Jörg y VALENZUELA, Mylene (ed.), *Reforma a la justicia: una visión de los derechos indígenas*, Ministerio de Justicia, Santiago, 2006, p. 64.

Finalmente, sobre la base de los inconvenientes detectados y las conclusiones a que arriba, el Relator Especial efectúa recomendaciones al gobierno chileno sobre diversas materias, de las cuales destacamos las siguientes:

En el ámbito legislativo, el informe sugiere aprobar el proyecto de reforma que reconoce constitucionalmente a los pueblos indígenas (párr. 57); ratificar prontamente el Convenio 169 de la OIT (párr. 58); y revisar la legislación sectorial (aguas, minería, pesca) contradictoria con la Ley Indígena, conforme al principio de primacía de los derechos humanos de los pueblos indígenas por sobre *“intereses comerciales y económicos particulares”* (párr. 59).

En lo referente a derechos territoriales y de participación, el Relator Especial invita al gobierno a implementar las propuestas contenidas en el informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato (párr. 60); además de la titulación individual de predios, sugiere restituir *“los tradicionales territorios comunales indígenas...”* (párr. 65); implementar la consulta, conforme al Convenio 169, para el diseño y ejecución de proyectos de inversión públicos y privados en tierras y territorios indígenas (párr. 67); y, asegurar participación indígena en la gestión de sus asuntos locales, especialmente a nivel de gobierno comunal (párr. 68).²²⁶

En lo referido a administración de justicia, el Relator recomienda no aplicar la Ley Antiterrorista ni juzgar a civiles en tribunales militares,²²⁷ tomando *“en cuenta las normas internacionales en materia de protección de los derechos humanos...”* (párr. 69-72); además, anima al gobierno a considerar seriamente el *“establecimiento de una institución*

²²⁶ En esta dirección, cabe hacer mención a la creación de las comunas de Alto Bío Bío y Chol Chol, en las regiones del Bío Bío y la Araucanía respectivamente, *“como expresión de mejor gobierno y (...) administración local para las poblaciones indígenas de dichas comunas”*. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2005*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005, p. 297.

²²⁷ En el mismo sentido, con posterioridad a dicho informe, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que el Estado chileno *“debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares...”*. CIDH, *Caso Palamara Iribarne vs Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 269, punto resolutivo n° 14. Fallo disponible en la página web de la CIDH: www.corteidh.or.cr/casos.cfm

Desde la época de dicho fallo, en nuestro Congreso no ha prosperado ninguno de los proyectos de ley que ha tenido por objeto modificar la jurisdicción y competencia de la justicia militar para hacerla compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos.

nacional de defensa y protección de los derechos humanos u ‘ombudsman’ en el país” (párr. 80).

2.2 Informe del Relator Especial James Anaya (2009)

En el año 2009, Chile nuevamente recibió la visita oficial del Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya, quien efectuó un seguimiento a las recomendaciones efectuadas por el Relator anterior.

En su informe, el Relator agrupa sus observaciones, conclusiones y recomendaciones en cuatro áreas temáticas, a saber: consulta y participación indígena; tierras y territorios indígenas; explotación de recursos naturales; y conflicto por reivindicaciones de tierras mapuche.

En lo referido a participación indígena, el Relator destaca como un gran avance la ratificación por el Estado chileno del Convenio 169 de la OIT y toma nota de la implementación del programa gubernamental denominado “Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad”, mediante el cual se desarrolló un proceso de consulta a los pueblos indígenas para que se pronunciaran acerca de los siguientes tópicos: reconocimiento constitucional; elección de representantes indígenas en el Parlamento y en los Consejos Regionales, y creación de un Consejo de Pueblos Indígenas.²²⁸

Al respecto, el Relator enfatiza la necesidad de implementar los procedimientos de consulta a los pueblos indígenas, *“de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado”* (párr. 10 del informe), esto es, de buena fe, mediante mecanismos apropiados a las circunstancias, *“a través de sus instituciones representativas”*, con la finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas acerca de las medidas propuestas, y *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”* (art. 6 del Convenio de la OIT).

²²⁸ Luego de dicho proceso, el gobierno envió el proyecto de ley que crea el Consejo de Pueblos Indígenas, el que no ha tenido tramitación desde su ingreso al Parlamento: *Boletín 6743-06*, mensaje 1253-357, ingresado al Congreso el 28 de octubre de 2009. Otro proyecto que no ha tenido tramitación es el que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas: *Boletín 6726-06*, mensaje 1254-357, ingresado al Congreso el 6 de octubre de 2009.

En lo referente a derechos territoriales, el Relator toma nota de la significativa ampliación de tierras indígenas a través del Fondo para Tierras y Aguas Indígenas de la Ley 19.253, durante el período 1994-2009 (ver tabla n° 4), principalmente a través de dos mecanismos:²²⁹ subsidio para la compra de tierras para su ampliación (art. 20, letra a, de la Ley Indígena), y compra directa de “tierras en conflicto” (art. 20, letra b, de la Ley 19.253). Dichas adquisiciones –consigna el informe- “*sumadas a las tierras fiscales regularizadas y que ya se encontraban en posesión indígena, totalizan (...) unas 657.520 hás., según la información oficial*” (párr. 24).²³⁰ Al mismo tiempo –y al igual que el Relator anterior- el Relator Anaya identifica como un inconveniente a abordar el aumento artificial de precio de las tierras a ser adquiridas en beneficio de indígenas, como resultado de la especulación en el mercado de tierras (párr. 27).

Tabla n° 4. Ampliación, transferencia y saneamiento de tierras indígenas (1994-2009).

Beneficiarios	Mecanismo				Total (beneficiarios)
	Art. 20 a)	Art. 20 b)	Traspaso tierras fiscales	Saneamiento propiedad	
Subsidios individuales	1.465	-	-	-	1.465
Familias	3.476	251	8.015	49.091	69.200
Comunidades	165	8.618	189	8	613
Total (hectáreas)	28.491	97.811	245.134	286.084	657.520

Fuente: Carta de José Antonio Viera-Gallo, Ministro Secretario General de la Presidencia, dirigida al Relator Especial James Anaya, mediante nota fechada el 8 de septiembre de 2009, p. 4.²³¹

En esta materia, llama la atención del Relator que en nuestro ordenamiento no exista un mecanismo específico para el reconocimiento y/o restitución de derechos sobre tierras o

²²⁹ El Fondo para Tierras y Aguas Indígenas de la Ley 19.253 tiene como principales cometidos otorgar subsidios, para ampliación de tierras, a personas, comunidades indígenas o parte de éstas (art. 20 letra a), y “*financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras (...) provenientes de títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas*” (art. 20 letra b).

²³⁰ De las cifras totales informadas por el gobierno, valga precisar que, en rigor, 126.302 hás. (art. 20, letras a y b, de la Ley 19.253) constituyen propiamente ampliación de tierras indígenas, ya que las otras superficies corresponden a transferencias de tierras fiscales y regularización de tierras que ya estaban en poder de personas o comunidades indígenas.

²³¹ ANAYA, James, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, documento ONU A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 24.

recursos naturales en base a patrones de uso u ocupación tradicional o ancestral indígena, de conformidad con los estándares internacionales (párr. 25-26 y 28-29). Sobre este punto, el Relator recomienda al Estado chileno instituir un mecanismo efectivo con dicha finalidad (párr. 53), teniendo presentes, especialmente, el Convenio²³² de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³³ (CIDH en lo sucesivo).

En lo que dice relación con la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, el Relator reitera al Estado chileno la necesidad de revisar y reformar la legislación sectorial –aguas, minas, pesca, concesiones geotérmicas, etc.- contradictoria con la Ley 19.253, adecuándola a los estándares del Convenio 169, cuestión también identificada como una tarea pendiente por el gobierno frente al Relator (párr. 33).

En este orden de ideas, el Relator Especial recomienda al gobierno implementar mecanismos de consulta²³⁴ no sólo para los futuros proyectos de inversión, estatales o privados, en tierras indígenas, sino también para aquellos que ya está en ejecución. Sobre el punto –recuerda el Relator- los órganos de control normativo de la OIT han establecido que si bien las disposiciones del Convenio no pueden aplicarse retroactivamente, la obligación de consultar a los pueblos indígenas “*no es aplicable solo a la celebración de contratos*”, sino que se extiende a la “*aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*” (art. 7.1 del Convenio), lo que dice relación con los impactos actuales y futuros de dichas concesiones (párr. 35 y 37-38).²³⁵

²³² El Convenio 169 dispone que debe reconocerse a los pueblos indígenas “*el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*” (art. 14.1), debiendo “*instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados*” (art. 14.2)

²³³ Dicho tribunal ha establecido que el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege la propiedad colectiva ancestral de las comunidades indígenas, lo que obliga a los Estados a adoptar en su derecho interno todas las medidas necesarias para establecer un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas conforme a sus usos, costumbres y derecho consuetudinario. CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, 31 de agosto de 2001, párr. 148 y 138. Fallo disponible en la página web de la CIDH: www.corteidh.or.cr/casos.cfm

²³⁴ “...los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (art. 15.2 del Convenio 169).

²³⁵ Al respecto, la OIT ha indicado que el Convenio no puede aplicarse retroactivamente, sin embargo la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones también ha precisado en varias ocasiones que si las decisiones tomadas previamente a la entrada en vigor del Convenio “*continúan afectando*

En el contexto del conflicto por reivindicaciones de tierras mapuches, el Relator Especial reitera las sugerencias formuladas por el Relator anterior –Rodolfo Stavenhagen– en su informe del año 2003. En cuanto a la Ley Antiterrorista, el Relator recuerda que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya recomendó al Estado chileno *"adoptar una definición mas precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos"* (párr. 47), por lo que sugiere al gobierno revisar la política penal aplicada en los últimos años en el marco de dicho conflicto, adecuando la legislación interna a los estándares de la normativa internacional.²³⁶ Finalmente, exhorta a las autoridades competentes para que adopten todas las medidas necesarias para prevenir y sancionar los actos de violencia policial en contra de mapuches.²³⁷

Comentarios

Si bien debe reconocerse como un gran paso la ratificación del Convenio de la OIT, la mayoría de las recomendaciones de los Relatores no han llegado a concretarse. Lo anterior se debe, en parte, a la falta de acuerdo en el Parlamento para materializar las reformas legales necesarias y, por otra parte y respecto de algunas materias, a la falta de voluntad política del ejecutivo para implementarlas, ya que –más allá de la retórica del gobierno–, al parecer, los derechos de los pueblos indígenas estarían *"subordinados a otras políticas que resultan prioritarias para la agenda gubernamental"*, especialmente, la

a los pueblos indígenas en cuestión, el convenio podría aplicarse con respecto a tales consecuencias". OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, p. 184. Disponible en la página web de la OIT, en la dirección siguiente: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

²³⁶ Al respecto, el Ministro Viera-Gallo manifestó al Relator Especial compartir la necesidad de revisar la Ley 18.314, ya que el gobierno *"está consciente que tal legislación establece tipos penales demasiado amplios..."* (párr. 47 del informe Anaya).

²³⁷ En particular, el Relator nota con preocupación que acciones de agentes del Estado hayan terminado con la muerte de dos jóvenes mapuche, Matías Catrileo (3 de enero de 2008) y Jaime Mendoza Collío (12 de agosto de 2009), producto de disparos de policías (párr. 43), hechos que dieron origen a causas que se hallan actualmente en tramitación ante la justicia militar.

expansión de las inversiones extractivas, tanto públicas como privadas, en tierras y territorios indígenas.²³⁸

3. Ley 20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios

Durante años las comunidades indígenas mapuche-lafquenche y huilliche del litoral sureño demandaron del Estado chileno el reconocimiento de sus derechos de uso ancestral sobre un espacio costero marítimo del cual habían sido paulatinamente despojados.²³⁹ Ya en el año 2004, el gobierno –recogiendo lo propuesto por la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato- comprometía la realización de esfuerzos específicos con miras a “*reconocer al pueblo lafquenche los derechos ancestrales al uso y explotación del borde costero*”,²⁴⁰ lo que se tradujo en la presentación de un proyecto de ley sobre la materia.

3.1 Orientaciones de la Ley 20.249

En el mensaje²⁴¹ de la ley, el ejecutivo señala que el proyecto viene a suplir un vacío legal, ya que ninguna de las figuras que contempla nuestro ordenamiento jurídico –Ley Indígena, legislación sectorial, etc.- reconoce el “*uso ancestral (...) que del borde costero han realizado los pueblos originarios del país, y en especial las comunidades lafquenche...*” (párr. 6 del mensaje).

Por lo anterior, se crea una nueva categoría jurídica, denominada espacio costero marino de los pueblos originarios, cuyas características son las siguientes: exclusividad, voluntariedad, asociatividad, gratuidad y respeto a derechos constituidos (párr. 9-14).

La exclusividad se refiere a que el espacio que se reconoce a los pueblos originarios sólo admite como titulares a asociaciones de comunidades indígenas (constituidas conforme

²³⁸ AYLWIN, José, *Las recomendaciones del Relator Especial de la ONU para los derechos indígenas sobre Chile*, en AYLWIN, José y BELLO, Alvaro (comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Temuco, 2008, p. 271.

²³⁹ *Ibid.*, p. 256.

²⁴⁰ SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN Y CULTURA, *Nuevo trato con los pueblos indígenas: derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural*, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Santiago, 2004, p. 37.

²⁴¹ Las citas relativas al mensaje de la ley se extrajeron del siguiente documento: *Mensaje n° 127-353*, en *Historia de la Ley n° 20.249*, boletín 3868-12 (24 de agosto de 2005, sesión 37, legislatura 353), pp. 4-9. Disponible en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

a la Ley 19.253), o bien, una sola comunidad indígena, si se acredita que sólo ella hubiere ejercido el uso consuetudinario y que no existen otras comunidades vinculadas a dicho uso (art. 5° de la Ley 20.249).

A su vez, la voluntariedad dice relación con que los pueblos originarios son libres de solicitar la destinación de su espacio costero conforme a la nueva figura que se crea, o bien, si lo someten a las otras instituciones de afectación que contemplan las leyes sectoriales (v. gr., las áreas de manejo y explotación que regula la Ley de Pesca).

La asociatividad se manifiesta en que la ley admite como titular del espacio marino a asociaciones de comunidades indígenas, lo que se justifica por *“que el uso consuetudinario de los recursos ha sido normalmente compartido por los integrantes de diversas comunidades...”*.

La gratuidad se expresa en la exención tributaria que la ley establece para los titulares de dichos espacios costeros marítimos.

Finalmente, la figura que se crea no debe afectar *“los derechos legalmente constituidos a la fecha en que se solicita la declaración de un espacio costero marino de pueblos originarios...”*.

3.2 Principales aspectos de la ley sobre derecho consuetudinario indígena

La Ley 20.249 otorga efectos jurídicos a los usos ancestrales de los pueblos indígenas costeros, al crear una figura jurídica novedosa sobre la base del uso consuetudinario que aquellos puedan acreditar sobre un área denominada espacio costero marino de los pueblos originarios, la que define como el *“espacio marino delimitado, cuya administración es entregada a comunidades indígenas o asociaciones de ellas, cuyos integrantes han ejercido el uso consuetudinario de dicho espacio”* (art. 2°, letra e)

Además, la ley se encarga de precisar que *“se entenderá por uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura”*,²⁴² agregando que dichas

²⁴² Mediante un informe, la CONADI debe establecer la efectividad –o ausencia- del uso consuetudinario invocado por el solicitante, que puede ser una asociación de comunidades indígenas o, excepcionalmente, una

costumbres pueden comprender no sólo usos pesqueros, sino también usos “*religiosos, recreativos y medicinales*”, entre otros. Por razones históricas, el legislador dispuso que el requisito de la habitualidad no se viera afectado por las interrupciones que se hubieren verificado de dicho uso consuetudinario (art. 6°).

En una norma absolutamente novedosa para el ordenamiento jurídico chileno, la Ley 20.249 consagra en favor de los pueblos indígenas un derecho de preferencia en caso de solicitudes incompatibles respecto del mismo espacio costero marítimo.²⁴³ Esta disposición se halla en consonancia con lo propuesto por la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, en cuanto recomienda consagrar derechos preferentes en favor de los pueblos indígenas para el otorgamiento de concesiones estatales de exploración, administración y “*explotación de recursos naturales localizados en tierras y territorios indígenas*”, agregando que el establecimiento de una preferencia de esta naturaleza, “*no puede afectar derechos ya constituidos en materia de concesiones*”.²⁴⁴

Comentarios

Respecto a este nuevo cuerpo legal, cabe destacar la amplia base de apoyo con que contó, fruto de un diálogo intercultural entre los representantes de las comunidades indígenas mapuche-lafquenche y las autoridades de gobierno, además de contar –incluso– con el respaldo de diversas organizaciones representativas de pescadores artesanales. También en el Congreso hubo acuerdo en los contenidos fundamentales del proyecto, cuyo texto definitivo sufrió escasas modificaciones y fue aprobado por la unanimidad de los diputados²⁴⁵ presentes el día de su votación.

sola comunidad. En caso afirmativo, debe consultar a las comunidades indígenas próximas al espacio costero solicitado para que, eventualmente, las mismas sean incluidas en la administración de dicho espacio (art. 8°).

²⁴³ “*En caso de que la misma área solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines (...) se deberá preferir la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios, sin perjuicio que el titular de la solicitud rechazada pueda ser considerado como usuario en el plan de administración, previo acuerdo con la asociación de comunidades solicitantes o comunidad, según corresponda*” (art. 10 de la Ley 20.249).

²⁴⁴ COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe, Segunda parte: Propuestas y recomendaciones para un nuevo trato entre el estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena*, Santiago, 2003, p. 541.

²⁴⁵ *Historia de la Ley n° 20.249*, boletín 3868-12 (20 de noviembre de 2007, sesión 106, legislatura 355), pp. 331-332. Disponible en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

Además, llama la atención que aspectos que en años anteriores habían sido rechazados por el Parlamento, en esta ocasión tuvieron una acogida favorable. En efecto, durante la tramitación de la ley, no se formuló cuestionamiento alguno a la voz “pueblos” contenida en el proyecto,²⁴⁶ expresión que –como ya vimos- fue totalmente eliminada de la Ley 19.253, y tampoco ha corrido con mejor suerte en la tramitación de los distintos proyectos de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas, ninguno de los cuales ha prosperado. En este orden de ideas, valga recordar que durante la tramitación de la Ley 19.253 se desecharon los derechos preferentes de uso y explotación que contemplaba el proyecto del ejecutivo,²⁴⁷ cosa que no ocurrió en esta oportunidad.

Por estas razones, la promulgación de la Ley 20.249 fue calificada en su época, por algunos, “*como uno de los hechos positivos más relevantes en materia de derechos de los pueblos indígenas de los últimos años*”.²⁴⁸

4. Ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

La adopción del Convenio 169 por parte de la OIT, en 1989, constituye un hito en el desarrollo del derecho internacional de los pueblos indígenas, ya que es “*el único tratado internacional (...) sobre derechos humanos de los indígenas*”, siendo –por tanto- de naturaleza vinculante para los Estados que lo ratifican, a diferencia de una declaración.²⁴⁹

²⁴⁶ De todos modos, no deja de sorprender que tanto el ejecutivo como el Congreso hayan evitado la voz “pueblos indígenas” en nuestra legislación, contrario a la tendencia casi unánime en derecho internacional y comparado en la materia, optando por la expresión “pueblos originarios”.

²⁴⁷ El art. 18 del proyecto de ley indígena del ejecutivo, de 1991, establecía en favor de los pueblos indígenas “*derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros, de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, de utilización y uso de riberas y cualquier otra concesión que el Estado esté facultado para otorgar en conformidad a las leyes vigentes, en tierras y áreas de desarrollo indígena y riberas y aguas colindantes con ellas*” (art. 18 del proyecto de ley indígena).

²⁴⁸ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2008, p. 383.

²⁴⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Pueblos indígenas: entre clase y nación*, en CASTRO LUCIC, Milka (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Universidad de Chile, Santiago, 2004, p. 25. Con anterioridad –en 1957- la OIT había adoptado el Convenio 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, el que fue revisado y superado por el Convenio 169 –como consigna en su preámbulo- “*a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores*” y recogiendo las aspiraciones de los pueblos indígenas de “*asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*” (Preámbulo del Convenio 169 de la OIT).

En virtud de los Acuerdos de Nueva Imperial (1989), el gobierno chileno se comprometió con los pueblos indígenas a ratificar el Convenio 169, lo que finalmente se logró en el año 2008, esto es, dieciocho años después de su ingreso al Congreso Nacional, entrando en vigencia en nuestro país el 15 de septiembre de 2009.²⁵⁰

A continuación, analizaremos algunas cuestiones relevantes suscitadas con ocasión de la tramitación del Convenio en nuestro poder legislativo.

4.1 Historia de la ley

En el mensaje,²⁵¹ el ejecutivo releva que la expresión “pueblos” contenida en el Convenio²⁵² no pone en peligro la unidad del Estado ni su integridad territorial, ya que el mismo instrumento internacional se encarga de precisar –en su art. 1.3- que la utilización de dicho término en el 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*” (párr. 3 y 4 del mensaje).

Por otra parte, en el mismo mensaje, el ejecutivo expresa al Parlamento que al momento de la ratificación, considerará la formulación de declaraciones interpretativas para “*precisar las condiciones en que una determinada norma convencional deberá ser*

²⁵⁰ Decreto 236, promulga el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, *Diario Oficial*, 14 de octubre de 2008.

²⁵¹ *Mensaje del ejecutivo*, en *Historia del Decreto n° 236*, boletín 233-10 (21 de diciembre de 1990, sesión 26, legislatura 321), pp. 4-6. Disponible en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

²⁵² El Convenio, en rigor, no define a los pueblos indígenas, sino más bien señala que para identificar a dichos pueblos –a los que habrá de aplicarse el Convenio- debe atenderse al criterio siguiente: “*...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*” (art. 1, letra b). En el ámbito internacional, la definición que cuenta con mayor consenso es la elaborada por el Relator Especial de Naciones Unidas, José R. MARTÍNEZ COBO, en su *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* (concluido en 1987), documento en el que señala que “*son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales*”. Citado por AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, Santiago, 2007, pp. 344-345.

interpretada o aplicada” en nuestro país, especialmente –y entre otras normas- en lo referido a tierras y aspectos penales (párr. 10-12 del mensaje).

En la cámara baja, el proyecto fue analizado e informado favorablemente por las Comisiones de Derechos Humanos (1991) y de Relaciones Exteriores (1999), pasando luego a su discusión en sala en la misma cámara (2000), generándose arduos debates, principalmente, debido al rechazo que la noción de “pueblos indígenas” y sus derechos colectivos, reconocidos y amparados en el Convenio de la OIT, provoca en sectores conservadores del poder legislativo.²⁵³ El proyecto de acuerdo fue aprobado por amplia mayoría en la Cámara de Diputados el día 11 de abril del año 2000 (72 votos a favor, 3 en contra y 2 abstenciones), sin embargo, un grupo de 31 diputados de derecha presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que declare la inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, el que –finalmente- fue rechazado.²⁵⁴

En segundo trámite constitucional, la cámara alta aprobó el proyecto de acuerdo el 4 de marzo de 2008, proponiendo al ejecutivo incluir una declaración interpretativa del tenor siguiente: *“El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del referido instrumento internacional en el sentido que éste sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”* (El art. 35 del Convenio 169 señala que la aplicación de las disposiciones de dicho instrumento internacional no deberá menoscabar los derechos garantizados a los pueblos indígenas *“en virtud de otros convenios y recomendaciones,*

²⁵³ El diputado Gustavo Alessandri sostuvo que la aprobación del Convenio 169, además, de ser *“altamente perjudicial para la unidad de los chilenos y su sentido de nación”*, conduciría *“a una desestabilización de nuestro estado de derecho...”* (*Historia del Decreto n° 236*, boletín 233-10 [22 de marzo de 2000, sesión 34, legislatura 341], p. 50). A su vez, el diputado Haroldo Fossa señalaba que el Convenio *“categóricamente contiene una idea de independencia, de pueblo, de un estado dentro de otro...”* (*Historia del Decreto n° 236*, boletín 233-10 [23 de marzo de 2000, sesión 35, legislatura 341], p. 84). En el mismo orden de ideas, el diputado Gonzalo Ibáñez indicaba que la adopción del Convenio sólo podría *“desestabilizar y crear condiciones de caos y anarquía”* en nuestro país, el que tiene por virtud contar con una sola población, una cultura, un idioma, un solo territorio y una sola legislación (*Historia del Decreto n° 236*, boletín 233-10 [11 de abril de 2000, sesión 39, legislatura 341], pp. 93-95).

²⁵⁴ El análisis del requerimiento y del fallo del Tribunal Constitucional se hace en el acápite siguiente.

instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”).

Dicha declaración interpretativa, redactada por la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado –a solicitud de los senadores Coloma y Romero- tuvo por finalidad restringir el ámbito de aplicación del Convenio 169, excluyendo así los contenidos de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,²⁵⁵ aprobada por la Asamblea General –con el voto favorable de Chile- mediante la Resolución 61/295, el 13 de septiembre de 2007. Así se desprende de la precisión hecha por la propia comisión, la que explicitó que la declaración interpretativa en comento tenía por objetivo expreso “*excluir otros conceptos que pueden resultar equívocos, como recomendaciones, instrumentos internacionales, laudos, costumbres y acuerdos internacionales, de manera de limitar su aplicabilidad sólo a aquellos instrumentos en que existe un claro e inequívoco consentimiento del Estado, como son los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.²⁵⁶

De este modo, la comisión senatorial recogía la propuesta del Director del Departamento de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Hernán Salinas, quien sostuvo que el art. 35 del Convenio 169 podría interpretarse en un sentido que importaría incorporar los contenidos de la Declaración de la ONU, la “*que contempla varias disposiciones que pugnan directamente con nuestro ordenamiento jurídico interno y, en particular, con nuestro ordenamiento constitucional*”, especialmente al consagrar el derecho a libre determinación de los pueblos indígenas, la obligación estatal de consulta previa y lo relacionado con la administración de las tierras, territorios y recursos naturales de propiedad, posesión o uso tradicional indígena.²⁵⁷ En razón de lo

²⁵⁵ En adelante, simplemente la Declaración o la DNUDPI, indistintamente.

²⁵⁶ *Historia del Decreto n° 236*, p. 275.

²⁵⁷ El expositor –Hernán Salinas- se refirió específicamente a los artículos 3, 19, 26 n° 2 y 28 de la DNUDPI: el art. 3 señala que “*los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación*” y que, en virtud de ese derecho, “*determinan libremente su condición política y (...) su desarrollo económico, social y cultural*”; el art. 19 establece la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas “*por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*”; la Declaración también expresa que los pueblos indígenas tienen derecho a controlar y utilizar las tierras, territorios y recursos naturales “*que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación...*” (art. 26 n° 2), agregando el deber estatal de restitución o indemnización en caso de que dichas tierras, territorios o recursos “*hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado...*”

anterior, el expositor “sugirió que se efectúe una reserva al mencionado artículo 35, a fin de excluir a las recomendaciones (sic) de su aplicación a nuestro país”, en clara alusión a las declaraciones internacionales posteriores al Convenio de la OIT, tales como la DNUDPI o –si llega a concretarse- el proyecto de Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas.²⁵⁸

Posteriormente, el proyecto de acuerdo fue aprobado en la cámara alta, con una amplia mayoría (36 votos a favor y uno en contra), el 4 de marzo de 2008.

Sin embargo, la declaración interpretativa acordada en la comisión senatorial no fue incluida en los oficios enviados a la cámara de origen ni al Tribunal Constitucional, toda vez que nuestra Carta Fundamental dispone que el Congreso sólo puede aprobar o desechar los tratados internacionales presentados por el ejecutivo, y solamente puede sugerir declaraciones interpretativas –o reservas- cuando ellas proceden conforme al derecho internacional o al mismo tratado que se aprueba. Y en este caso, ni la Constitución de la OIT ni el Convenio 169 autorizan la incorporación de declaraciones interpretativas al ratificar el instrumento internacional.

De todos modos, al depositar su ratificación en la OIT (8 de agosto de 2008), el gobierno chileno agregó un intercambio epistolar entre la OIT y el ministro José Antonio Viera-Gallo, que discurría sobre los alcances del art. 35 del Convenio 169. Pero la OIT rechazó dicha ratificación, exigiendo una nueva, la que fue depositada –sin declaraciones ni agregados de ninguna especie- el 15 de septiembre de 2008, entrando así en vigor el Convenio en nuestro país el día 15 de septiembre de 2009, según lo dispuesto en el art. 38.3 del mismo instrumento internacional.

4.2 Requerimiento de inconstitucionalidad y sentencias del Tribunal Constitucional

Durante la tramitación del proyecto de acuerdo sobre el Convenio de la OIT, con fecha 7 de julio del año 2000, 31 diputados de oposición presentaron un requerimiento ante

(art. 28). Las citas de este párrafo, extraídas de la exposición del profesor Salinas, se hallan en el documento siguiente: *Historia del Decreto n° 236*, pp. 264-266.

²⁵⁸ El registro del desarrollo y estado actual del proyecto de Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas puede revisarse en línea en la página web de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA: <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas%20documentos.asp>

el Tribunal Constitucional (TC en adelante), para que declare la inconstitucionalidad de todo el Convenio o, en subsidio, de preceptos determinados que señala en dicha solicitud. A continuación, expondremos someramente algunos aspectos centrales del requerimiento y del fallo del TC.²⁵⁹

Los requirentes argumentaron que el Convenio 169 contraviene las Bases de la Institucionalidad de nuestra Carta Magna, toda vez que *“interpone entre el Estado y los chilenos de origen indígena a los ‘pueblos indígenas’ a quienes se les transfieren atribuciones que implican un claro ejercicio de la soberanía...”*, lo que implicaría conferirle potestades públicas a un ente colectivo, cuestión inadmisibles en la concepción constitucional chilena, salvo que medie una reforma a la Constitución.

Al respecto, el TC recuerda que el art. 1.3 del Convenio deja en claro que la voz “pueblos” no tiene *“implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”*, por lo que no es sinónimo de cuerpo electoral ni se le otorga titularidad para el ejercicio de la soberanía nacional. Así, el TC concluye que los pueblos indígenas *“no constituyen un ente autónomo entre los individuos y el Estado”* y que, en base a la terminología misma del Convenio, la expresión pueblos indígenas debe ser entendida *“como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte”* (considerandos 38°, 40° y 44°). En virtud de estos razonamientos –entre otros- el TC resuelve que el Convenio, íntegramente considerado, no es contrario a nuestro ordenamiento constitucional.

En subsidio de la inconstitucionalidad total del Convenio, los requirentes sostuvieron que nuestra Constitución se ve vulnerada, entre otras disposiciones, por las normas del tratado sobre consulta y participación (art. 6 y 7 del Convenio) y las referidas a tierras, territorios y recursos naturales (art. 14 y 15.2).

²⁵⁹ Las citas del requerimiento y de la sentencia se extrajeron del fallo del TC, rol 309, 4 de agosto de 2000. Disponible en la página web del TC: www.tribunalconstitucional.cl

Previo a resolver acerca de la inconstitucionalidad de los artículos señalados en el requerimiento, el TC señala que debe determinar qué cláusulas del tratado son autosuficientes y cuáles serían programáticas, ya que estas últimas requieren que el Estado sancione la normativa necesaria para su efectiva entrada en vigencia y, por lo tanto, no podrían “*entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional*” mientras no se dicten las normas que las incorporen a nuestro derecho interno (consid. 48°).

En cuanto al art. 14 del Convenio,²⁶⁰ el requerimiento indica que aquél contraviene el derecho de propiedad, específicamente, el art. 19 n° 24 incisos 2° y 3° de la Constitución, pues obliga al Estado a “*expropiar tierras a solicitud de un ente colectivo y en su propio beneficio, transgrediendo (...) el marco constitucional de esta institución*”. Al respecto, el TC concluye que no se afecta el derecho de propiedad por estimar que las disposiciones del art. 14 están redactadas en términos programáticos (consid. 63° a 66°).

A la misma conclusión arriba el TC acerca del art. 15.2 del Convenio²⁶¹ (consid. 70° a 72°), sosteniendo que se trata de una disposición programática que no vulnera el régimen constitucional de concesiones mineras ni el derecho de propiedad de los concesionarios.

Por otra parte, en cuanto a las normas sobre consulta y participación que contempla el Convenio (art. 6 y 7), el TC concluye que las mismas son de naturaleza “*autoejecutable o de aplicación directa*”. En virtud de lo anterior –agrega el tribunal- el art. 7.1, en su oración final,²⁶² modificaría parcialmente la Ley 19.175 sobre Gobierno y Administración Regional, debiendo el Estado asegurar el derecho de los pueblos indígenas a participar en los Consejos Regionales (consid. 6°).

En cuanto a la consulta, el TC releva la “*connotación jurídica especial*” de dicha obligación, pues la misma debe efectuarse previamente, de buena fe, de un modo apropiado

²⁶⁰ El Convenio dispone que debe reconocerse a los pueblos indígenas “*el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*” (art. 14.1), agregando que los gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para determinar sus tierras de ocupación tradicional (art. 14.2), junto con instituir mecanismos “*adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados*” (art. 14.3).

²⁶¹ En los casos en que el Estado sea propietario de los minerales o recursos del subsuelo –como en Chile- los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas “*antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*”, los que tendrán derecho a “*participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades*” (art. 15.2 del Convenio).

²⁶² Los pueblos indígenas “*deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”.

a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo con los pueblos involucrados o lograr su consentimiento acerca de las medidas propuestas. Además, teniendo presente que el art. 6.1 del Convenio establece que la consulta a los pueblos indígenas procede “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”, el tribunal concluye que el Convenio modificaría la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, al transformar en obligatorio un procedimiento –la consulta- que hasta entonces era facultativo para las comisiones legislativas (consid. 7°).²⁶³

En definitiva, el tribunal resolvió rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad en todas sus partes.

Posteriormente –en el año 2008-, ejerciendo el control preventivo de constitucionalidad, el TC nuevamente debió pronunciarse acerca del Convenio 169, específicamente, respecto de los artículos 6.1 letra a), 6.2 y 7.1, oración final, de dicho tratado.

En su sentencia,²⁶⁴ el tribunal –con el voto en contra del ministro Fernández²⁶⁵- reiteró que los preceptos sobre consulta y participación son constitucionales y que, por tanto, pueden obligar a modificar las normas que regulan la tramitación de las leyes y también aquellas sobre gobierno regional y municipal (consid. 12°).

Comentarios

Si bien debe reconocerse el avance en materia de derechos indígenas que significa la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 en nuestro país, resultan llamativos los intentos de limitar su contenido normativo mediante la introducción de declaraciones interpretativas, tanto de parte del ejecutivo como del legislador, como queda de manifiesto

²⁶³ El art. 22 de la Ley 18.918 dispone que en el desempeño de sus funciones las comisiones parlamentarias “*podrán (...) hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen conveniente*”.

²⁶⁴ Tribunal Constitucional, sentencia de 3 de abril de 2008, rol 1050. Disponible en la página web del TC: www.tribunalconstitucional.cl

²⁶⁵ El ministro Mario Fernández estuvo por declarar la inconstitucionalidad de las normas consultadas por estimar –entre otras razones- que la voz pueblo originario “*colisiona con la singularidad constitucional del pueblo chileno y con la igualdad esencial de todos quienes forman parte de él...*” (consid. 11° del voto disidente).

en el mensaje presidencial y en el informe de la comisión senatorial de RREE, que ya analizamos.

En este sentido, y acogiendo la posición del ejecutivo, el TC explicitó en su fallo del año 2000 que para resolver el asunto se inspira en el mensaje presidencial, en cuanto señala que el ejecutivo considerará la formulación de declaraciones interpretativas para *“precisar las condiciones en que una determinada norma convencional deberá ser interpretada o aplicada (...), de modo de obtener a través de ellas una compatibilización entre las normas establecidas en nuestro derecho interno y las disposiciones convencionales”* (consid. 49°).

En la misma línea, el TC también recoge la interpretación que el ejecutivo hace del principio de flexibilidad²⁶⁶ contenido en el Convenio, al sostener que dicho principio constituye una condición implícita para el cumplimiento de dicho instrumento, ya que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y el alcance de las normas del Convenio atendiendo a las condiciones propias de cada país, lo que incluiría *“sus propias regulaciones”*.²⁶⁷

Así, conforme a lo sostenido por el ejecutivo y el TC, parecería que el Convenio 169 –que tiene jerarquía de tratado internacional de derechos humanos- debe ajustarse a nuestro derecho interno, correspondiendo al Estado determinar cómo dicho tratado internacional se aplica e interpreta en nuestro país.²⁶⁸

Al respecto, debe tenerse presente que la aplicación e interpretación de un tratado se rige por normas propias del derecho internacional y que, además, a los Estados les está vedado *“invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.²⁶⁹

²⁶⁶ *“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”* (art. 34 del Convenio).

²⁶⁷ Refiriéndose a las consecuencias del principio de flexibilidad del Convenio 169, el TC señaló que *“en primer lugar, para la aplicación de sus disposiciones, deben tenerse en cuenta las condiciones del país, ya que cada Estado tiene sus propias regulaciones. Luego, este principio constituye una condición implícita para el cumplimiento de sus normas, al expresar que los países deberán tomar medidas para dar eficacia a su contenido, lo que significa que a cada Estado le corresponde determinar la naturaleza y alcance de tales actos...”* (consid. 49°).

²⁶⁸ FUENZALIDA, Sergio, *Aplicación e interpretación del Convenio 169 como tratado de derechos humanos*, ponencia presentada en el seminario internacional *Desafíos de la implementación en Chile del Convenio 169 OIT*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 5 y 6 de octubre de 2009, inédito.

²⁶⁹ Art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, 1969. Ratificada por Chile y promulgada mediante Decreto n° 381 del Ministerio de RREE, *Diario Oficial*, 22 de junio de 1981.

En este orden de ideas, llama la atención que los fallos del TC no contengan mención alguna a la interpretación autorizada emanada de los órganos de la OIT, principalmente, de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, la CEACR o Comisión de Expertos, indistintamente). Al respecto, valga recordar que Chile fue uno de los últimos países de la región en ratificar el Convenio, por lo que a la fecha de las sentencias del TC, especialmente la del año 2008, existían numerosos pronunciamientos de la CEACR sobre los contenidos de dicho tratado.

Así, v. gr., refiriéndose al principio de flexibilidad –contrario a lo sustentado por el TC- en ninguna ocasión la OIT ha señalado que las “*condiciones propias de cada país*” (art. 34 del Convenio) comprendan las leyes o regulaciones internas de los Estados, sino que aquello se refiere a cuestiones fácticas tales como –entre otras- el “*porcentaje de población indígena, características geográficas*”, de lo que resulta que no es “*posible aplicar un enfoque uniforme para implementar el Convenio*”.²⁷⁰ En definitiva, el principio de flexibilidad está referido exclusivamente a cuestiones de hecho y, por tanto, “*no limita la obligación de los Estados ratificantes de hacer efectivas todas las disposiciones del Convenio*”.²⁷¹

Por otra parte, además, no hay que perder de vista que el TC concluyó que casi la totalidad de las disposiciones del Convenio –salvo algunas excepciones- son de naturaleza programática.

Por estas razones, se ha señalado que los fallos del TC, en vez de señalar cómo el Convenio podría tener aplicación, indicando la ruta constitucional que permita implementar los derechos de los pueblos indígenas en línea con el derecho internacional –y comparado-, más bien se encargan de fijar límites al alcance normativo de dicho tratado, enumerando “*las obligaciones que no emanan del convenio, restándole, en definitiva, su fuerza normativa*”.²⁷²

²⁷⁰ OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, p. 184. Disponible en la página web de la OIT, en la dirección siguiente: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2008, p. 372.

4.3 Principales contenidos del Convenio 169

El Convenio reconoce una serie de derechos individuales y colectivos en favor de los pueblos indígenas, de naturaleza política, económica, social y cultural, en áreas como salud, educación, trabajo, seguridad social, entre otras.

A continuación, expondremos aquellos contenidos del Convenio que importan un avance o innovación en relación con los derechos indígenas reconocidos en la legislación chilena, principalmente en lo referido a los siguientes aspectos: consulta y participación; derechos territoriales; y derecho consuetudinario indígena.

Primeramente, cabe destacar que el Convenio 169 incorpora a nuestra legislación el concepto de “pueblos indígenas”,²⁷³ tal como ha venido ocurriendo –desde fines de la década de 1980- en el derecho internacional y comparado que hace referencia a dichos pueblos.

En cuanto a consulta y participación, los estándares del Convenio superan largamente las normas sobre participación de nuestra Ley Indígena.²⁷⁴

En efecto, el Convenio obliga al gobierno a establecer los medios que permitan a los pueblos indígenas *“participar libremente (...), y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”* (art. 6.1, letra b). Además, los pueblos indígenas deben *“participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”* (art. 7.1).²⁷⁵ Asimismo, y relacionado con los derechos territoriales de los pueblos indígenas, se establece su derecho a *“participar en la utilización, administración y conservación”* de los recursos naturales situados en sus tierras y, siempre que sea posible,

²⁷³ Recordemos que hasta entonces nuestra legislación había evitado absolutamente la utilización del término “pueblos indígenas”, optando por expresiones tales como “indígenas” simplemente, “etnias indígenas” o “comunidades indígenas” en la Ley 19.253, o bien “pueblos originarios” en la Ley 20.249.

²⁷⁴ Los servicios de la administración del Estado y sus organismos de carácter territorial *“deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas”* reconocidas legalmente, cuando traten asuntos que tengan relación con cuestiones indígenas (art. 34 de la Ley 19.253).

²⁷⁵ Disposición declarada como autoejecutable por el TC.

en los beneficios que reporten las actividades de prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras (art. 15).²⁷⁶

En cuanto a la consulta, el Convenio señala que ésta procede “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”, agregando que la misma debe efectuarse de buena fe, a través de las instituciones representativas propias de los pueblos indígenas y “*con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*” (art. 6.1 letra a, y 6.2).²⁷⁷ Sobre la materia, la Comisión de Expertos de la OIT ha señalado que la consulta, más que un derecho, es una obligación cuyo cumplimiento y observancia recae en los gobiernos, no en los privados.²⁷⁸ En cuanto a su forma, la CEACR también observa que frecuentemente “*los procesos generales de audiencia pública no resultan suficientes*” para satisfacer los estándares de la consulta.²⁷⁹

Además, el Convenio establece que los Estados deben consultar a los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar actividades de prospección o explotación de recursos naturales ubicados en sus tierras (art. 15.2) y también cuando, excepcionalmente, se considere necesario el traslado y reubicación de dichos pueblos (art. 16.2).

En lo referido a derechos territoriales, el Convenio establece que debe reconocerse a los pueblos indígenas “*el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*” (art. 14.1),²⁸⁰ agregando que los gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para determinar sus tierras de ocupación tradicional, garantizando la efectiva protección de sus derechos de propiedad y posesión (art. 14.2), junto con instituir

²⁷⁶ Al respecto, debemos recordar que el Convenio precisa que la voz “*tierras*” utilizada en sus art. 14 y 15 incluye “*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*” (art. 13.2).

²⁷⁷ Ambas normas son de aplicación directa o autoejecutables según el TC.

²⁷⁸ OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, p. 61.

²⁷⁹ *Ibíd.*, p. 62. De dicha observación puede desprenderse que –contrario a lo sustentado por el TC– la facultad de las comisiones parlamentarias para “*solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen conveniente*” (art. 22 de la Ley 18.918) no se ajustaría a los estándares del Convenio 169 sobre la consulta acerca de las medidas legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

²⁸⁰ Al respecto, la CEACR ha señalado que el derecho a la tierra contemplado en el Convenio se basa en su ocupación y uso tradicional, “*y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados...*”. *Ibíd.*, p. 94.

mecanismos “*adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados*” (art. 14.3).

Para legislaciones como la chilena, en que el Estado es propietario de los minerales o recursos del subsuelo, el Convenio dispone que los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas “*antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*”, los que tendrán derecho a “*participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades*” (art. 15.2).

En esta materia, también podemos ubicar la prohibición general de traslado de los pueblos indígenas de sus tierras.²⁸¹

En otro ámbito, el tratado dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar sus costumbres –o derecho consuetudinario- e instituciones propias, siempre que “*no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*” (art. 8.1 y 8.2 del Convenio).

Sobre la materia, la OIT hace presente que la disposición en comento “*establece un criterio de exclusión acumulativo*”. Así, la costumbre indígena debe ser incompatible tanto con la ley interna como con las normas internacionales sobre derechos humanos. De este modo, v. gr., para justificar el desconocimiento de costumbres indígenas en la aplicación de la legislación nacional, no podría el Estado recurrir a normas internas incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.²⁸²

²⁸¹ Si excepcionalmente se considera necesario el traslado de pueblos indígenas, previamente debe obtenerse “*su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa*”. Si no puede obtenerse su consentimiento, la reubicación sólo tendrá lugar al término de procedimientos legales adecuados, que garanticen la efectiva representación de las comunidades involucradas. En tal caso, deberán recibir tierras de calidad y estatuto jurídico, al menos, iguales a los de las tierras que ocupaban, debiendo indemnizarse cualquier pérdida o daño que aquello irroge. Finalmente, y si fuere posible, los indígenas conservarán el “*derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación*” (art. 16 del Convenio).

²⁸² OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, p. 82.

En este ámbito, los Estados deben respetar las modalidades propias de los pueblos indígenas establecidas para la transmisión de los derechos sobre la tierra entre sus miembros (art. 17.1 del Convenio).²⁸³

Finalmente, en cuanto a su implementación, los Estados son responsables de desarrollar una acción coordinada y sistemática para planificar, ejecutar y evaluar, con la participación de los pueblos indígenas, las disposiciones del Convenio, lo que debe incluir “*la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados*” (art. 2 y 33). Al respecto, la OIT hace presente que deben institucionalizarse los mecanismos que garanticen la consulta y participación de los pueblos indígenas, analizando cuidadosamente y modificando las leyes, reglamentos, políticas y programas sectoriales anteriores, con miras a eliminar toda incompatibilidad entre aquellas y las disposiciones del Convenio 169.²⁸⁴

5. Derechos indígenas, legislación sectorial y algunos precedentes jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales

En este apartado expondremos, en apretada síntesis, las relaciones entre los contenidos de nuestra legislación sobre indígenas con otros cuerpos normativos nacionales. También incluiremos algunos fallos de nuestros tribunales ordinarios y las más relevantes sentencias sobre la materia pronunciadas por el máximo tribunal del sistema regional de protección de los derechos humanos, esto es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, simplemente la Corte Interamericana o la CIDH indistintamente).

²⁸³ Como puede apreciarse, el Convenio no distingue entre tierras indígenas de propiedad individual o comunitaria; en cambio, nuestra legislación establece que la sucesión de las tierras de propiedad individual indígena se hará conforme “*a las normas del derecho común...*” (art. 18 de la Ley 19.253). Sobre el punto, y tal como observa la OIT, las costumbres y derecho consuetudinario indígenas tienen mayor aceptación cuando se circunscribe su aplicación a los individuos dentro de las comunidades y que, por el contrario, los sistemas jurídicos nacionales miran con recelo o reticencia los aspectos colectivos del derecho consuetudinario indígena, especialmente en lo referido a tierras, territorios y recursos naturales. Véase OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, pp. 82-83.

²⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 36 y 177.

5.1 Derechos indígenas y Código de Aguas

La Ley Indígena establece el deber del Estado, y de la sociedad en general, de proteger las tierras indígenas, velando por su adecuada explotación y su equilibrio ecológico (art. 1° inciso final). En este orden de ideas, el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas creado por la Ley 19.253 contempla entre sus objetivos “*financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas*” y el financiamiento de obras destinadas a obtener dicho recurso (art. 20, letra c).

Además, la ley establece el deber de proteger especialmente las aguas de las comunidades aymaras y atacameñas, expresando que se considerarán bienes de propiedad y uso de dichas comunidades “*las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad*” respectiva, sin perjuicio de los derechos inscritos por terceros conforme al Código de Aguas (art. 64, Ley 19.253).²⁸⁵ Por expreso mandato de la Ley Indígena, la CONADI y la Dirección General de Aguas (DGA) celebraron un convenio “*para la protección, constitución y restablecimiento de las aguas de propiedad ancestral*” de las comunidades indígenas del norte (art. 3° transitorio).²⁸⁶

Por su parte, el código del ramo reconoce la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas, estableciendo un procedimiento que permite regularizar e “*inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos...*” (art. 2° transitorio del Código de Aguas).

En otras palabras, el ordenamiento jurídico nacional reconoce a las comunidades indígenas nortinas el dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas en base a su uso consuetudinario ancestral, tradicional, inmemorial o de origen remoto.²⁸⁷

²⁸⁵ Por expresa disposición de la ley, dicha norma y las demás del párrafo respectivo son aplicables a “*las otras comunidades indígenas del norte del país, tales como quechuas y collas*” (art. 62 de la Ley 19.253).

²⁸⁶ Dicho convenio marco, suscrito en 1997 y que opera desde el año 2001, hace obligatorio un informe de CONADI cuando se soliciten derechos de agua que puedan afectar los derechos ancestrales de las comunidades indígenas del norte de Chile.

²⁸⁷ Cfr. PARSONS, Franklin, *Las aguas en la Ley 19.253*, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. 4, núm. 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, pp. 116-117; ALBORNOZ, Patricia, *El pluralismo jurídico, ¿Una alternativa de supervivencia para el derecho consuetudinario indígena en Chile? El caso de las etnias andinas y el uso del agua*, en *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos en el tercer milenio*, Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, pp. 879-883; BARROS VAN HÖVELL, Alonso, *Agua subterránea: derechos colectivos, autonomía, mercado y justicia ambiental en el territorio lickanantay*, en AYLWIN, José y BELLO, Alvaro (comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Temuco, 2008, p. 352; MOLINA, Raúl y YÁNEZ, Nancy, *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*, Santiago, 2008, pp. 152-153.

Así también lo ha entendido la Corte Suprema (CS en adelante) en dos fallos relativamente recientes.

En el año 2004, y en virtud de las normas mencionadas –entre otras- el máximo tribunal reconoció en favor de la comunidad atacameña de Toconce su propiedad ancestral sobre los derechos de aprovechamiento de aguas que estaban en litigio, incluso por sobre los derechos inscritos por la empresa demandada en el año 1986 conforme al Código de Aguas, enfatizando que la nueva inscripción que se ordenó a favor de la comunidad indígena demandante tiene naturaleza meramente registral y no constitutiva.²⁸⁸ Posteriormente –en el año 2009-, en un caso muy similar, la Corte Suprema²⁸⁹ resuelve en el mismo sentido, incluso cita el fallo recién aludido y, además, tiene presente el Convenio 169 de la OIT, específicamente en lo referido al alcance del concepto de tierras.²⁹⁰

²⁸⁸ Corte Suprema, sentencia de 22 de marzo de 2004, rol 986-2003, *Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A.* En el fallo, la Corte Suprema –confirmando lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Antofagasta- señala que “*que es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias*”, agregando que, ante dicha realidad, el legislador optó “*por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción...*” (consid. 3°). Respecto al procedimiento contemplado en el art. 2° transitorio del Código de Aguas, la Corte precisa que el mismo “*no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos*” (consid. 4°), ya que –prosigue- los derechos “*que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que solo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que, como ocurre en la especie, no está inscrito, pero reconocido legalmente*” (consid. 7°).

²⁸⁹ Corte Suprema, sentencia de 25 de noviembre de 2009, rol 2840-2008, *Comunidad Indígena Aimara Chusmiza-Usmagama con Agua Mineral Chusmiza S.A.* En su resolución, la Corte deja en claro “*que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral...*” (consid. 4°). Por tanto, y teniendo presente que “*lo regularizado corresponde a derechos ancestrales de la comunidad indígena solicitante*”, se concluye “*que el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido a la respectiva comunidad Aimara es entonces anterior a cualquier constitución originaria por acto de autoridad de derechos de aprovechamiento de aguas realizada a favor de terceros...*” (consid. 5°).

²⁹⁰ En este caso la fuente de agua que abastece a la comunidad indígena se ubica en un predio de propiedad de la empresa recurrente. Al respecto, la Corte concluyó que dicha circunstancia en nada obsta a la aplicación de la Ley Indígena, ya que la expresión “*terrenos de la comunidad*” (art. 64 de la Ley 19.253) debe entenderse a la luz del Convenio 169, en cuanto dispone que el “*término ‘tierras’ (...) 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*” (art. 13.2 de dicho tratado). Lo anterior –agrega el tribunal- “*es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas*” (consid. 7°).

5.2 Derechos indígenas y leyes sectoriales

La Ley Indígena establece el deber del Estado –y de la CONADI en particular- de velar por la adecuada explotación y equilibrio ecológico de las tierras indígenas (art. 1° y 39, letra j). En relación con las normas anteriores, la misma ley también señala que en regiones y comunas de alta concentración indígena, los pueblos indígenas deben estar representados –a través de sus organizaciones- *“en las instancias de participación que se reconozcan a otros grupos intermedios”*, siempre que *“así lo permita la legislación vigente”* (art. 34, inc. 2°). La misma norma señala que los servicios de la administración del Estado y sus organismos de carácter territorial *“deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas”* reconocidas legalmente, cuando traten asuntos que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas (art. 34, inc. 1°).

No obstante los mandatos legales anteriores, ni la CONADI ni las organizaciones indígenas fueron incorporadas –por vía legal²⁹¹ o reglamentaria²⁹²- a los organismos con competencia ambiental en el ámbito regional, esto es, las Comisiones Regionales de Medio Ambiente (COREMA).

Hace poco, la Ley Ambiental fue casi íntegramente modificada,²⁹³ y su nuevo art. 4° establece el deber de los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales, *“de propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Si bien dicha reforma puede valorarse positivamente, no se institucionaliza la participación indígena en el sistema de evaluación de impacto ambiental ni en los nuevos organismos de competencia ambiental regional que se crean, los Consejos Consultivos Regionales.²⁹⁴

²⁹¹ Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, *Diario Oficial*, 9 de marzo de 1994.

²⁹² DS 95 de 2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

²⁹³ Ley 20.417, *Diario Oficial*, 26 de enero de 2010.

²⁹⁴ Dichos Consejos Consultivos Regionales contemplan en su integración a diversos actores civiles (científicos y representantes de ONG's, de empresarios y de trabajadores), mas no a la CONADI ni a las organizaciones indígenas (art. 78, Ley 19.300).

La participación indígena tampoco se ha institucionalizado en ninguno de los organismos señalados en el art. 34 de la Ley 19.253,²⁹⁵ como puede apreciarse al examinar las leyes que reglan el gobierno y administración regional y comunal, así como la legislación sectorial referida a los recursos situados en tierras y territorios indígenas.²⁹⁶

De ahí la relevancia del Convenio 169, en cuanto eleva los estándares sobre participación indígena de nuestro derecho interno, incorporando, además, el procedimiento de la consulta.²⁹⁷

5.3 Derechos territoriales indígenas en Chile a la luz de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹⁸

El Convenio de la OIT incorpora a nuestra legislación el concepto de territorios indígenas (art. 13.2) y agrega que debe reconocerse a los pueblos indígenas “*el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*” (art. 14).

Al respecto, la Corte Interamericana ha concluido que la forma comunal, comunitaria o colectiva de propiedad de las tierras indígenas está protegida por el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).²⁹⁹ Para lo anterior, agrega que debe tenerse en cuenta especialmente el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, ya que –aún careciendo de título formal- la posesión tradicional de sus tierras ancestrales

²⁹⁵ La norma se refiere expresamente –sin excluir a ninguno- a “*los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas...*”.

²⁹⁶ Aquí ubicamos a las instituciones con competencia en materia de concesiones mineras, hidroeléctricas, geotérmicas, etc. La excepción vendría dada por las normas especiales que regulan los derechos de aguas de las comunidades indígenas del norte y la Ley que creó el espacio costero marino de los pueblos originarios.

²⁹⁷ En cuanto a dicho procedimiento, la OIT ha señalado que el mismo “*va más allá de una consulta en un caso preciso, sino que tiende a que todo el procedimiento de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines*”. OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, p. 38.

²⁹⁸ Recurrirémos a los siguientes casos contenciosos terminados con sentencia de la CIDH en las fechas que se indican: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, 31 de agosto de 2001; *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam*, 15 de junio de 2005; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*, 29 de marzo de 2006; *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, 28 de noviembre de 2007. En este acápite, identificaremos la sentencia de cada caso por el nombre de la comunidad o pueblo indígena respectivo. El texto completo de estos fallos está disponible en la página web de la CIDH: www.corteidh.or.cr/casos.cfm

²⁹⁹ “*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes...*”.

tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado y debe bastar para obtener el reconocimiento oficial de dicha propiedad y su consiguiente registro.³⁰⁰

Varios autores han destacado la importancia de dicha jurisprudencia.³⁰¹ Comentando la misma, Gonzalo Aguilar habla de un *título indígena* sobre sus territorios, cuya fuente sería la ocupación y uso tradicional e histórico que los pueblos indígenas han hecho de ellos y que se rige por su costumbre o derecho consuetudinario. En relación con el derecho interno chileno, si bien nuestra legislación no reconoce el título indígena, en cuanto exige título inscrito, “*la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana demuestra la aplicabilidad del título indígena y de la propiedad colectiva indígena en los países de América Latina*”, y Chile ha reconocido como obligatoria, de pleno derecho, la competencia de la CIDH en lo relativo a la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁰²

³⁰⁰ Caso *Awas Tingni*, párr. 148-149 y 151; caso *Moiwana*, párr. 131; caso *Sawhoyamaya*, párr. 128; caso *Saramaka*, párr. 96

³⁰¹ Entre otros., MOLINA, Raúl y YÁNEZ, Nancy, *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*, Santiago, pp. 142-146. NASH ROJAS, Claudio, *Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, p. 43; FUENZALIDA, Sergio, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena*, en AYLWIN, José y BELLO, Alvaro (comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Temuco, 2008, pp. 89-99; en el mismo sentido, el vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ABRAMOVICH, Víctor, *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, ponencia presentada en el seminario internacional *Desafíos de la implementación en Chile del Convenio 169 OIT*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 5 y 6 de octubre de 2009, inédito.

³⁰² Sobre el tema, véase AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno*, en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1, Universidad de Talca, 2005, pp. 269-295.

CAPÍTULO CUARTO

¿HACIA EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE?

En este capítulo, abordaremos algunas cuestiones generales previas relacionadas con la posibilidad de reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas y, enseguida, expondremos las materias más discutidas durante la tramitación de los proyectos de reforma sobre reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas.

1. Antecedentes y contexto regional

Hasta ahora, ninguna de las Constituciones dictadas a lo largo de la historia chilena ha hecho referencia a los pueblos indígenas. Al igual que en las nacientes repúblicas del continente, nuestro país se otorgó sus primeras Constituciones a principios del siglo XIX bajo el ideario –sustentado por la élite criolla constituyente- del Estado-nación homogéneo, hegemonizando la idea de nación del grupo dominante y oficializando una sola cultura, una identidad, una religión, un idioma y un derecho.

En ese escenario, resultaba inconcebible el reconocimiento constitucional o legal de los pueblos indígenas y de sus instituciones sociales, políticas o jurídicas.

Sin embargo, desde principios de la década de 1980 se aprecia en el continente un crecimiento y desarrollo considerable del movimiento indígena, apropiándose de foros nacionales e internacionales y poniendo el acento en reivindicaciones de naturaleza étnica y cultural.³⁰³

³⁰³ Cfr. STAVENHAGEN, Rodolfo, *Pueblos indígenas: entre clase y nación*, en CASTRO LUCIC, Milka (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 20-21; BENGUA, José, *La emergencia indígena en América Latina*, Santiago, 2007, pp. 240-241. En relación con la materia, el Relator Especial James Anaya identifica cuatro tópicos en los que los pueblos indígenas han contribuido “a la reforma del sistema jurídico internacional”, a saber: la transición hacia los derechos colectivos o de tercera generación; la evolución del principio de soberanía estatal, ahora limitado por los derechos humanos reconocidos internacionalmente, entre ellos, los de los pueblos indígenas; la evolución de la norma de autodeterminación, ya no entendida exclusivamente como el derecho de formar un Estado independiente; y, finalmente, la participación de actores no estatales en los organismos de derecho internacional. Véase ANAYA, James, *La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas*:

En este contexto, el reconocimiento constitucional ha sido una de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas, junto con la demanda por derechos territoriales y de participación política, incluyendo espacios de autonomía o autogobierno en asuntos internos.

En un comienzo, dichas demandas no fueron favorablemente acogidas por los gobiernos latinoamericanos, por el temor de que aquello –especialmente la voz “pueblos”- pudiera dar pie a procesos de independencia, secesión o fragmentación de los Estados. Pero, como observa Bengoa, la demanda indígena no es independentista, sino que dice relación con la autonomía o autogobierno.³⁰⁴

Finalmente, superados dichos temores, asistimos desde hace dos décadas a un proceso –sin precedentes- de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en la región,³⁰⁵ concediéndose en algunos casos también “*un grado de autonomía importante, con tendencia a aumentar, en los procesos de toma de decisiones*” en sus asuntos internos³⁰⁶ incluyendo, en casi todos los casos, el reconocimiento de sus sistemas jurídicos.³⁰⁷

La constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas, además de visibilizarlos en la ley de mayor jerarquía, ha contribuido al cuestionamiento de algunos

evolución y perspectivas, en AYLWIN, José y BELLO, Alvaro (comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Temuco, 2008, pp. 37-47.

³⁰⁴ A diferencia de la cuestión nacional, que decía relación con la descolonización e independencia. Véase BENGEOA, José, *Los derechos de las minorías y los pueblos indígenas: debate internacional*, en *Diplomacia*, núm. 78, Academia Diplomática de Chile, Santiago, 1999, p. 18; en el mismo sentido, AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, Santiago, 2007, p. 467. STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho internacional y derechos indígenas*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 24-26. En cuanto a las posibilidades legislativas de la autonomía, Stavenhagen identifica cuatro aspectos fundamentales a tratar: la identidad de los sujetos de la autonomía, su ámbito territorial, las competencias que se transfieren y el marco jurídico que normará las relaciones entre el Estado y la entidad autonómica.

³⁰⁵ La voz “pueblos indígenas” es recogida en las Constituciones de Argentina, Paraguay, Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela, Nicaragua y México; las Constituciones de Perú, Panamá, Guatemala y Honduras hablan de “comunidades indígenas”; sólo Brasil se aleja de cualquier denominador común pues refiere a grupos indígenas en su Constitución. Véase AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, Santiago, 2007, pp. 398-400.

³⁰⁶ BOU FRANCH, Valentín, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en BORJA, Emiliano, (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho, nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Universidad de Valencia, 2006, pp. 158-159.

³⁰⁷ Sobre este último aspecto, véase OSSIO, Lorena, *El sistema jurídico constitucional y el derecho consuetudinario indígena*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín, 1999, pp. 465-479.

conceptos jurídico-políticos clásicos.³⁰⁸ En relación con lo anterior, Raquel Yrigoyen³⁰⁹ habla de un proceso que denomina *horizonte pluralista*, por oposición a la visión monista y monocultural del Estado-nación. En este proceso, la autora identifica cuatro rupturas y, a la vez, retos o desafíos jurídico-políticos fundamentales, a saber: superación del modelo Estado-nación, dando paso al Estado multicultural; superación del concepto tutelar de los indígenas como objeto de políticas³¹⁰ para definirlos como sujetos políticos, pueblos con derecho a la autoidentificación y autonomía; ruptura del modelo de democracia excluyente, abriendo paso a una articulación democrática de la diversidad, principalmente, a través de la consulta y participación política, incluso con representación parlamentaria indígena;³¹¹ finalmente, también asistiríamos a la ruptura del monismo jurídico³¹² para dar paso al pluralismo jurídico o legal.

En nuestro país, las demandas del movimiento indígena de fines de la década de 1980 también aspiraban –y aspiran– a su reconocimiento constitucional,³¹³ en cuanto “pueblos”, y a la consagración de sus derechos colectivos: culturales, territoriales y de participación política.³¹⁴

³⁰⁸ CARBONELL, Miguel, *La constitucionalización de los derechos indígenas en América latina: una aproximación teórica*, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, año 36, núm. 108, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, pp. 860-861.

³⁰⁹ YRIGOYEN, Raquel, *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos*, en CASTRO LUCIC, Milka (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 191-198.

³¹⁰ Bartolomé Clavero –entre otros autores– califica dicho modelo tutelar como “*colonialismo interno*”, ya que considera al indígena como incapaz de determinación propia o de conocer su mejor interés, por lo que necesitaría no de reconocimiento de derechos, “*sino de prestación de asistencia, de una asistencia que ni siquiera se ofrece a su acuerdo y control*”. CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Ciudad de México, 1994, pp. 91-93 y 139.

³¹¹ Así acontece en el Parlamento de países de la región con tendencias políticas divergentes, como Colombia y Venezuela.

³¹² Entendido el monismo jurídico como la identidad Estado-derecho, conforme al cual “*sólo cabe un sistema jurídico dentro de un Estado*”. YRIGOYEN, Raquel, cit., p. 222.

³¹³ De hecho el reconocimiento constitucional fue uno de los compromisos fundamentales del Acuerdo –o acta– de Nueva Imperial, en 1989.

³¹⁴ Para algunos, las reivindicaciones políticas y territoriales de los indígenas corresponden al “*radicalismo étnico*” de una minoría indígena ideologizada, apoyada por la extrema izquierda y activistas ecologistas, con financiamiento de organismos extranjeros. BENAVENTE, Andrés y JARAQUEMADA, Jorge, *Conexiones políticas de las agrupaciones mapuches*, en GUZMÁN, Eugenio (ed.), *La cuestión mapuche: aportes para el debate*, Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2003, pp. 149 y ss. En un sentido similar, MEDINA VALVERDE, Cristian, *Indigenismo, iniciativas de legislación y política indígena del gobierno chileno*, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, Valparaíso, 1995, pp. 393-417.

En cuanto a las posibilidades constitucionales de dicho reconocimiento, el profesor Prado señala que aquello plantea algunas cuestiones previas fundamentales a debatir para el establecimiento de un Estado multicultural. En primer lugar, acerca de la titularidad de los derechos colectivos³¹⁵ y su contenido efectivo, incluyendo algún grado de autonomía. También debe determinarse el grado de validez que se reconocerá a los sistemas jurídicos indígenas –donde existan y tengan vigencia- y la forma en que se compatibilizarán con el derecho estatal. Finalmente, en lo relacionado con la participación política de los pueblos indígenas hay diversas opciones, tales como incorporarlos a las instituciones vigentes, lo que incluso puede significar representación indígena en el Congreso Nacional, o bien abrir espacios a las instituciones y organizaciones propias de los pueblos indígenas.³¹⁶ En cualquier caso –concluye el profesor Prado- dicho debate constitucional debe darse en un ámbito de diálogo intercultural,³¹⁷ genuino y llevado a cabo de buena fe.

Sin embargo, como veremos en el acápite siguiente, la discusión parlamentaria se ha detenido mucho antes de abordar las materias recién referidas. Así, a más de 20 años del Acta de Nueva Imperial (1989), el Estado chileno no ha cumplido su compromiso, ya que, al parecer, el imaginario de la nación homogénea, monocultural e indivisible se ha mantenido casi inalterable en amplios sectores de nuestra sociedad y, principalmente, de nuestros poderes públicos. Además, todavía interviene el temor de que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas ponga en riesgo la integridad territorial o la soberanía del Estado.³¹⁸

³¹⁵ Un interesante trabajo sobre la justificación, contenido y alcances de la noción de derechos colectivos y su armonización con los derechos individuales, puede verse en KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, 1999, especialmente el capítulo II, denominado “Derechos individuales y derechos colectivos”.

³¹⁶ PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*, Santiago, 2003, pp. 71-73.

³¹⁷ “...el debate constitucional sobre el tema indígena no puede plantearse como una reflexión monológica de la sociedad chilena, que por alguna iluminación o por su mala conciencia, ha decidido replantear el lugar que ofrece a los pueblos indígenas...”, sería inconsistente proponer un nuevo trato “como si se tratase de una oferta unilateral, cuyos términos responden a las sensibilidades de la sociedad mayoritaria”. PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena como cuestión constitucional*, en *Revista Derecho y humanidades*, núm. 11, Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 116.

³¹⁸ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge, *El reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile: una propuesta de reforma al Estado*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, p. 300.

2. Proyectos de reforma constitucional sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

En este apartado expondremos resumidamente el desarrollo legislativo de los proyectos que han tenido por objeto el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas de Chile y los contenidos que han suscitado el mayor debate en el Congreso.

2.1 Proyecto “Aylwin”³¹⁹

El primer proyecto referido a los pueblos indígenas –ingresado al Congreso en 1991- perseguía modificar tres preceptos de la Carta Fundamental. Agregaba un inciso final al art. 1° que disponía lo siguiente: “*El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena*” (art. 1° del proyecto). Luego, contemplaba agregar un nuevo inciso a la norma sobre la no discriminación arbitraria en materia económica (art. 19, n° 22, CPR), señalando que “*La ley podrá también establecer beneficios o franquicias determinadas en favor de las comunidades indígenas*” (art. 2° del proyecto). Finalmente, el proyecto proponía una nueva materia legal de iniciativa presidencial exclusiva (art. 62, CPR), en orden a “*establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas*” (art. 3° del proyecto).³²⁰

Comentando el texto de dicho proyecto, Silva Bascuñán señalaba que en el interior de un Estado pueden convivir pluralidad de pueblos, siendo innegable la existencia efectiva de pueblos indígenas en nuestro país, los que forman “*naturales cuerpos intermedios en cuanto se distinguen, por una parte, de la persona de sus miembros y, por otra, de la sociedad civil total*”. Así, agrega el autor, reconocer la existencia de pueblos indígenas en

³¹⁹ *Boletín 513-07*, mensaje 45-323, ingresado al Congreso Nacional el 7 de enero de 1991.

³²⁰ En el mensaje del proyecto, el ejecutivo hacía presente que la expresión “pueblos” contenida en las normas propuestas, “*no está considerada en el sentido de ‘titular’ de la soberanía nacional o de su ejercicio, que le asignan el derecho político y el derecho internacional*”.

el país responde a una exigencia de justicia, y en nada pugna con el principio de la unidad nacional ni con la base constitucional de la igualdad.³²¹

En su oportunidad, la comisión parlamentaria que tuvo por objeto estudiar el proyecto de reforma constitucional rechazó íntegramente los art. 2° y 3° del proyecto y eliminó la expresión “pueblos” del art. 1° del mismo. Luego de introducir otras modificaciones, en mayo de 1992 la Cámara Baja aprobó la idea de legislar sobre el siguiente texto: *“El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la Nación chilena y velará por su desarrollo y su adecuada protección jurídica”*.

La redacción anterior no corrió con mejor suerte y la tramitación del proyecto estuvo detenida un tiempo considerable, el proyecto fue archivado en julio de 1997 y, posteriormente, desarchivado en mayo de 1999, pasando a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, la que acordó –en abril de 2000- el siguiente texto: *“El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes mecanismos de participación que les corresponde”*.

Sometido a votación dicho texto, el mismo no alcanzó el quórum necesario para modificar la Constitución, de modo que el proyecto fue rechazado y quedó definitivamente archivado en octubre del año 2000.³²²

2.2 Proyecto “Huenchumilla”³²³

En 1999, el diputado Francisco Huenchumilla –junto a otros parlamentarios- presentó una moción de reforma constitucional en los términos siguientes: *“El Estado reconoce a los pueblos indígenas originarios que integran la nación chilena y les garantiza*

³²¹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *El concepto de pueblo en el proyecto de ley indígena y de reforma constitucional*, en COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*, Santiago, 1992, pp. 23-28.

³²² Fundamentando su voto en contra, el diputado Gonzalo Ibáñez enfatizó el carácter *“único del cuerpo social, cultural y político que es Chile”*, agregando que el reconocimiento constitucional propuesto puede acarrear el desmembramiento del territorio chileno, basándose en la invocación de *“difusos e inexistentes derechos ancestrales...”*. CÁMARA DE DIPUTADOS, sesión 7, legislatura 343, 17 de octubre de 2000.

³²³ *Boletín 2360-07*, ingresado al Congreso el 6 de julio de 1999.

el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico”.

Además, el proyecto proponía implementar la participación política de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional, eligiendo 10 diputados y 3 senadores en su representación. El proyecto también contempla su participación en la administración comunal y en los gobiernos regionales.³²⁴ Para lo anterior, se planteaba instituir un Registro Electoral Indígena.

Finalmente, proponía la creación de un Parlamento Indígena –en reemplazo del actual Consejo de la CONADI- compuesto de 30 miembros elegidos mediante votación popular por los indígenas inscritos en el padrón respectivo. Dicho Parlamento, entre otras atribuciones, estaría facultado para administrar los recursos que fije anualmente la Ley de Presupuesto para la Ley Indígena y dictar los reglamentos e instrucciones para la aplicación de la política indígena.

Desde su ingreso al Congreso Nacional, este proyecto no ha tenido tramitación, por lo que no figura como archivado ni rechazado.

2.3 Reconocimientos rechazados durante la tramitación de la Ley 20.050 y otros proyectos de iniciativa parlamentaria

La Ley 20.050³²⁵ introdujo numerosas modificaciones a la Carta Fundamental y durante su tramitación se consideraron diversas fórmulas para reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas de Chile, sin embargo, ninguna de ellas prosperó. A continuación, mencionamos algunas de ellas.³²⁶

Mediante una moción, un grupo de senadores de la Concertación proponía agregar al art. 1° de la Constitución el siguiente inciso final: *“El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena*

³²⁴ En el ámbito comunal, el proyecto estipulaba la elección de un concejal indígena –hasta un máximo total que fijaría la ley- por cada 5% de habitantes indígenas en la comuna o agrupación de comunas respectiva; en cuanto a la participación indígena en los Consejos Regionales, la misma debía fijarse por ley.

³²⁵ *Diario Oficial*, 26 de agosto de 2005.

³²⁶ Las citas de este acápite se extrajeron del documento siguiente: *Historia de la Ley 20.050*. Disponible en la página web de la biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

participación social en iguales términos que los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena".³²⁷

Además de introducir varias modificaciones en el texto anterior, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento –en adelante la Comisión de Constitución- del Senado decidió eliminar la expresión “pueblos indígenas”, acordando la siguiente redacción: *“La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad”*. Frente a dicha redacción, el ejecutivo intentó reponer la expresión “pueblos indígenas” mediante una indicación del siguiente tenor: *“El Estado reconoce a los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena y habitan su territorio. La ley promoverá su participación y la de quienes los integran en la vida nacional y les garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idioma, instituciones y tradiciones en lo espiritual, cultural y social”*.

Finalmente, en abril de 2003, ambas fórmulas fueron rechazadas en la Cámara Alta.³²⁸ Durante la discusión en sala, los senadores de oposición manifestaron su rechazo a la voz “pueblos indígenas”, ya que la misma pondría en riesgo la unidad nacional y la soberanía del Estado.³²⁹

En segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados reabrió el debate sobre la materia, proponiendo una redacción similar a la acordada por la Comisión de Constitución del Senado, pero reponiendo la voz pueblos indígenas: *“La Nación chilena es una e indivisible. Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y*

³²⁷ Boletín 2534-07, 4 de julio de 2000, sesión 7, legislatura 342, en *Historia de la Ley 20.050*, p. 18.

³²⁸ SENADO, legislatura 348, sesiones 42 y 43, 29 y 30 de abril de 2003, respectivamente. En *Historia de la Ley 20.050*, pp. 1482-1483 y 1491-1505.

³²⁹ Respecto a la expresión “pueblos indígenas”, el senador Espina sostuvo que la misma *“lleva el germen (...) del principio de la autodeterminación”*, conforme al derecho internacional, por lo que se hace necesario dejar *“a salvo la unidad e integridad de la nación chilena”* (*Historia de la Ley 20.050*, pp. 1453-1454); el senador designado Martínez Busch indicó que se pondría en riesgo la unidad nacional y del Estado chileno (*ibíd.*, p. 1455); el senador Hernán Larraín señaló que incorporar dicho término es peligroso, pues puede significar una pérdida de soberanía e, incluso, *“puede derivar en un germen de destrucción de nuestra institucionalidad”* (*ibíd.*, p. 1457); en el mismo sentido, el senador Bombal afirmó que se pone en riesgo la soberanía del Estado y *“nuestra identidad como nación”*, ya que –agregó– se compromete *“la indivisibilidad de nuestra nacionalidad, historia y sociedad”* (*ibíd.*, pp. 1473-1474); por su parte, el senador designado Julio Canessa enfatizó que *“en ningún caso debemos reconocer pueblos, etnias ni ninguna agrupación de ese tipo...”* (*ibíd.*, pp. 1475-1476). SENADO, legislatura 348, sesión 42, 29 de abril de 2003.

tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena".³³⁰ Sin embargo, dicha fórmula tampoco fue aprobada,³³¹ con lo que definitivamente la Ley 20.050 no incluyó el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas de Chile.

Posteriormente, en el año 2006, un grupo de diputados oficialistas presentó como proyecto de reforma constitucional³³² el mismo texto expuesto en el párrafo anterior, que fuera acordado por la Comisión de Constitución de la Cámara Baja. Este proyecto tampoco tuvo mejor suerte, ya que la Cámara de Diputados sólo aprobó el primero de sus incisos ("*La Nación chilena es una e indivisible*"), rechazando el segundo. También fueron rechazadas varias indicaciones que tenían por objeto robustecer los derechos colectivos de los pueblos indígenas.³³³ Finalmente, el proyecto fue archivado en junio de 2009.

En el año 2007, y con una orientación similar a la del proyecto "Huenchumilla", se presentó un proyecto de reforma consitutucional que tenía por objeto reconocer derechos políticos a los pueblos indígenas, asegurando su representación en el Congreso Nacional, debido a que –como consigna la moción en su expresión de motivos- históricamente, en el plano normativo, las decisiones que afectan a los pueblos indígenas se han adoptado sin su consentimiento ni debate previo. Por lo anterior, el proyecto proponía agregar un art. 50 bis a la Carta Fundamental, en los términos siguientes: "*Se asegurará a los Pueblos Indígenas que habitan el territorio chileno representación en el Congreso Nacional de acuerdo a los requisitos y condiciones que la ley orgánica respectiva establezca*".³³⁴ Este proyecto no tuvo mayor tramitación y fue archivado en junio de 2010.

³³⁰ *Historia de la Ley 20.050*, p. 2321.

³³¹ CÁMARA DE DIPUTADOS, legislatura 352, sesión 79, 18 de mayo de 2005, en *Historia de la Ley 20.050*, p. 2416.

³³² *Boletín 4069-07*, ingresado al Congreso Nacional el 10 de enero 2006.

³³³ Una de dichas indicaciones –del entonces diputado Navarro- establecía que "*La Nación chilena es multicultural*", agregando que el Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas y su derecho a mantener y desarrollar "*sus propias formas de organización social y política, y participar activamente en sus asuntos locales y regionales; así como mantener y recuperar las formas comunitarias de propiedad de sus tierras, aguas y recursos naturales...*"; otra de las indicaciones reconocía "*a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas...*". CÁMARA DE DIPUTADOS, legislatura 353, sesión 67, 10 de enero de 2006.

³³⁴ *Boletín 5402-07*, ingresado al Congreso el 11 de octubre de 2007.

2.4 Proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas en actual tramitación

El actual proyecto refunde los textos de dos iniciativas sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas presentadas en el año 2007; una, iniciada por moción de un grupo de senadores de la Alianza y, la otra, por mensaje presidencial.³³⁵

El texto de la moción proponía agregar dos nuevos incisos al art. 2° de la Constitución, en los términos siguientes: *“La Nación chilena, una e indivisible, reconoce y valora la contribución de los pueblos indígenas originarios, definidos como grupos de culturas anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno. Es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de sus raíces ancestrales”*.

A su vez, el mensaje presidencial proponía incorporar al art. 3° de la Carta Fundamental, un nuevo inciso del siguiente tenor: *“La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales”*. Además, dicho proyecto sugería agregar un nuevo inciso al numeral 24 del art. 19 de la Ley Suprema, indicando que: *“Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas”*.

Como puede apreciarse, el texto de la moción senatorial –a diferencia del mensaje– no reconoce la existencia actual de los pueblos indígenas, sino sólo su contribución a la conformación del pueblo chileno.³³⁶ Por otra parte, el mensaje reconoce derechos a los pueblos indígenas, a sus comunidades y personas en lo referido –entre otras materias– a sus instituciones; en cambio, la moción no reconoce derechos, sino que establece un deber estatal de respetar la cultura de los pueblos indígenas, sin incluir las instituciones propias de los pueblos indígenas.

Sobre la base de ambas propuestas, la Comisión de Constitución de la Cámara Alta aprobó el siguiente texto: *“La Nación chilena es una, indivisible y multicultural. El Estado*

³³⁵ *Boletines 5324-07* (moción) y *5522-07* (mensaje 1101-355), ingresados al Congreso Nacional el 6 de septiembre de 2007 y el 23 de noviembre de 2007, respectivamente.

³³⁶ Así también consta en la expresión de motivos de la moción senatorial, donde se indica que se considera un avance real que en la Ley Fundamental se efectúe *“un reconocimiento al aporte de los pueblos indígenas a la conformación de nuestra Nación”*.

reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional. Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes". La Comisión mantuvo la propuesta de agregar un inciso nuevo al n° 24 del art. 19, aunque con pequeñas variaciones: "*La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes*".³³⁷

El texto aprobado por la Comisión resulta llamativo, ya que junto con reconocer el carácter multicultural de nuestro país, declara expresamente la unidad e indivisibilidad de la nación chilena.³³⁸ Por otra parte, luego de reconocer la existencia de los pueblos indígenas, reconoce derechos sólo a sus comunidades y personas, mas no a los pueblos mismos –como contemplaba el mensaje-, lo que da cuenta del rechazo que produce en algunos sectores la idea de admitir derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas, como viene aconteciendo en el derecho internacional y comparado sobre la materia.³³⁹

Luego de varias sesiones, la Cámara Alta –en abril de 2009- aprobó la idea de legislar sobre la base del texto propuesto por la Comisión, por 24 votos a favor y una abstención. No obstante el amplio acuerdo alcanzado, durante su discusión en sala algunos senadores se manifestaron partidarios de que la reforma –por la vía de las indicaciones- incluya alguna forma de representación parlamentaria indígena en el Congreso;³⁴⁰ otros, señalaron que antes de sus discusión en particular, debía llevarse a cabo un proceso de consulta con los pueblos indígenas conforme a los estándares del Convenio 169 de la OIT.³⁴¹

³³⁷ SENADO, *Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, 23 de enero de 2009, pp. 23-24. En *Boletines 5324-07 y 5522-07, refundidos*.

³³⁸ La importancia de dicha declaración, explica el senador Espina –uno de los autores de la moción-, radica en que excluye "*el tema de la autodeterminación*", pues no deja "*margen para intentar dividir al Estado o a la Nación o para crear gobiernos paralelos o alternativos*". No obstante la aprehensión anterior, el mismo senador se manifestó partidario de que los pueblos indígenas puedan contar con representación parlamentaria propia. *Ibid.*, pp. 11-12.

³³⁹ Cfr. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2009, pp. 219-221.

³⁴⁰ En este sentido –al igual que el senador Espina-, los senadores Ruiz-Esquide y Girardi. SENADO, legislatura 357, sesión 7, 7 de abril de 2009.

³⁴¹ Senadores Ávila y Navarro. SENADO, legislatura 357, sesión 2, 17 de marzo de 2009.

En la actualidad (julio de 2010) el proyecto se encuentra en la subetapa de formulación de indicaciones, habiéndose recibido el último boletín de indicaciones el día 1 septiembre de 2009.³⁴²

Comentarios

Respecto al constante rechazo al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, concluye el profesor Prado que el problema no parece estar en nuestra Carta Fundamental, ya que la misma consagra positivamente –entre otros principios- la orientación del Estado hacia el bien común, la dignidad preeminente de la persona humana, la limitación de la soberanía por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y el reconocimiento de los grupos intermedios. En vista de lo anterior, la incapacidad de nuestro ordenamiento jurídico en la materia se debería más bien a la oposición de “*quienes han sacralizado visiones superadas de soberanía, igualdad, ciudadanía, unidad del Estado*”, convirtiendo “*al derecho en guardián de situaciones de hecho, relaciones de poder (...), de exclusión o dominación*”.³⁴³

En un sentido similar, afirma Rodrigo Lillo –siguiendo a Habermas- que el rechazo al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en un Estado democrático, bajo el argumento de la nación o pueblo único, homogéneo e indivisible, escondería “*tan sólo la cultura hegemónica de una parte dominante*”.³⁴⁴

³⁴² En dicho boletín de indicaciones, el senador Navarro propone reemplazar la actual redacción del proyecto por la siguiente: “*El Estado reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, y protege y garantiza sus derechos de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos*”.

³⁴³ PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*, Santiago, 2003, p. 11.

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 94. Citado por LILLO, Rodrigo, *Los conflictos de tierras de los mapuche en la Región del Bío Bío*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, p. 346.

CONSIDERACIONES FINALES

I

1. Durante la colonia rigieron la institucionalidad y legislación coloniales en la zona central del actual territorio de Chile. En el sur, el pueblo mapuche gozó de autonomía y reguló sus relaciones con la corona a través de la institución de los *Parlamentos*, al menos desde el año 1598.
2. Con el nacimiento de la república de Chile, a comienzos del siglo XIX, se puso fin al estatuto legal de los indígenas heredado de la colonia, que los asimilaba a las categorías jurídicas de personas *rústicas*, *menores* y *miserables* del derecho hispano. Considerando discriminatorio dicho régimen tutelar, el gobierno de Bernardo O'Higgins –influenciado por el liberalismo igualitario– declaró la libertad, igualdad y ciudadanía chilena de los indígenas del territorio de la naciente república. Sin embargo, aquello no significó el ejercicio de derecho político alguno de parte de los indígenas, ya que el derecho a voto era censitario. De este modo, dicha declaración se tradujo exclusivamente en la libertad de los indígenas para comprar y vender tierras, lo que resultó en la pérdida de todas las tierras indígenas de la zona central, desapareciendo los *Pueblos de Indios* que existían hasta entonces.
3. En vista de los desastrosos resultados de las primeras leyes de inspiración liberal, el Estado chileno decidió volver a un régimen protector (desde 1852), exigiendo la intervención de diversas autoridades públicas –entre otros requisitos– para autorizar la celebración de actos y contratos sobre tierras indígenas. Además, esas normas buscaban detener el proceso de colonización espontánea que se había iniciado en el territorio mapuche. En la medida en que los particulares iban creando mecanismos para apropiarse irregularmente de las tierras indígenas, se iban dictando normas que aumentaban las exigencias legales para la validez de los actos sobre tierras indígenas. Lo anterior se aprecia claramente al revisar el contenido de las leyes promulgadas durante toda la segunda mitad del siglo XIX. También dan cuenta de ello numerosos documentos oficiales, entre los que destacan los informes de los

Protectores de Indígenas, cargo que debió ser restablecido a causa de las irregularidades recién referidas.

4. A su vez, en la zona de Chiloé y las actuales regiones de Los Ríos y de Los Lagos, se aplicó la *Ley Freire* (1823), que delimitaba las tierras indígenas entregando a los caciques mapuche-huilliche los *títulos de comisario*, documentos en que se les reconocían las tierras demarcadas en perpetua y segura propiedad. Posteriormente, dichos títulos fueron desconocidos por el Estado chileno –especialmente por los tribunales de justicia- y una gran cantidad de esas tierras fue inscrita a nombre del fisco o de particulares después de la entrada en vigencia del Código Civil.
5. En la zona comprendida entre los ríos Malleco y Toltén, la abundante legislación sobre tierras indígenas dictada casi no tuvo aplicación práctica, hasta que el Estado chileno decidió ocupar militarmente la Araucanía, campaña bélica que culminó en 1883. Con ello se dio inicio a la aplicación de la política de radicación de los indígenas estableciendo reducciones indígenas cuya propiedad –de carácter comunitaria- era reconocida mediante el otorgamiento de *títulos de merced*. Las tierras sobrantes serían consideradas fiscales, para su remate o entrega a colonizadores nacionales y extranjeros. El proceso de radicación de los indígenas se extendió hasta la década de 1920.
6. Como resultado de la política de radicación, por una parte, el pueblo mapuche se vio confinado en reducciones con carácter de minifundio comunitario, en un espacio que constituía menos de una décima parte de su territorio ancestral. Además, aquello dio inicio al proceso de pérdida su organización social. Por otra parte, dio origen al latifundio agrícola, ganadero y forestal de chilenos, extranjeros y empresas de colonización, generando también un grupo de pequeños y medianos propietarios chilenos y extranjeros.
7. Las leyes dictadas en la segunda mitad del siglo XIX aumentaban los requisitos para hacer efectiva la prohibición de adquirir tierras indígenas de reducciones con título de merced. También iban prorrogando los plazos de dicha prohibición. No obstante lo anterior, mediante diversos mecanismos, muchísimos particulares se hicieron irregularmente de tierras situadas al interior de dichas reducciones. De ello dan cuenta pormenorizada, describiendo detalladamente los medios más utilizados por

los privados, los informes de los Protectores de Indígenas y el informe evacuado por la Comisión Parlamentaria de Colonización, en 1912.

8. A principios del siglo XX, el Estado chileno decide cambiar su política, dando inicio al proceso de división de las comunidades indígenas para su titulación individual. Con ello, se pensaba, quedarían a resguardo de las argucias de los particulares y, además, dejarían sus costumbres “incivilizadas” para integrarse definitivamente a la sociedad chilena.
9. Las primeras leyes sobre división de las comunidades encontraron fuerte resistencia en el pueblo mapuche, contexto en el que surgen las primeras organizaciones del movimiento mapuche, que lograron suprimir la facultad de los Juzgados de Indios para dividir de oficio las comunidades (DFL 266, de 1931). Las sucesivas leyes sobre indígenas dictadas a lo largo del siglo XX no prohibieron la división de las comunidades ni la enajenación de las tierras indígenas, sino que establecieron limitaciones para aquello. Dicha legislación tuvo como resultado la continuación del proceso de pérdida de tierras indígenas en manos de particulares.
10. El proceso recién descrito sólo vino a revertirse durante la vigencia de la Ley 16.640 sobre Reforma Agraria (1964-1973), la que si bien no contemplaba la problemática indígena en su especificidad, dio pie –en su aplicación práctica- a un proceso inédito de recuperación de tierras en favor de indígenas. En este contexto, cabe destacar el trabajo de la Comisión de Restitución de Tierras Usurpadas y la dictación de la primera ley indígena elaborada en base a un anteproyecto presentado por las propias organizaciones mapuche (Ley 17.729, de 1972). Aunque posteriormente sus contenidos se vieron muy debilitados en el Congreso, constituyó un serio intento de solucionar la cuestión indígena, estableciendo mecanismos efectivos para la recuperación de tierras usurpadas y definiendo legalmente a los indígenas más allá de su relación con la tierra. Entre sus críticas se señala su carácter marcadamente campesinista, dejando en un segundo plano la especificidad étnico-cultural de la problemática indígena.
11. Durante el régimen militar (1973-1989) se puso fin a la reforma agraria y se dio inicio a una política de división de las reducciones sin precedentes, en virtud de

cuyos resultados puede afirmarse que el proceso de división de las comunidades indígenas se encuentra concluido.

II

12. En cuanto a los pueblos indígenas de los canales australes, éstos fueron exterminados o desplazados al ser entregadas sus tierras a empresas y colonos nacionales y extranjeros, sin que hayan disfrutado de ninguna ley protectora dictada en su favor.
13. Los territorios de los pueblos indígenas del norte sólo pasaron a formar parte del Estado chileno al término de la guerra del Pacífico, a fines del siglo XIX. La política de *chilenización* de los pueblos indígenas nortinos ha traído como consecuencia la pérdida paulatina de sus idiomas, costumbres e instituciones sociales y, por otra parte, el desconocimiento de su derecho consuetudinario ha significado la pérdida de sus tierras y recursos naturales –fundamentalmente el agua- para pasar a manos del fisco chileno o de particulares.
14. La incorporación de la Isla de Pascua al territorio chileno se produjo en virtud del Acuerdo de Voluntades de 1888. Desde esa época el Estado de Chile no ha cumplido cabalmente lo dispuesto en dicho acuerdo, situación que sólo vino a remediar parcialmente con la dictación de la *Ley Pascua*, en 1966.

III

15. Las distintas fuentes consultadas en este trabajo dan cuenta de que ante la diversidad cultural la respuesta política y legislativa emanada del Estado chileno sólo ha transitado los caminos de la negación –incluyendo el exterminio- y la asimilación de los distintos pueblos indígenas durante los siglos XIX y XX, desconociendo las organizaciones, autoridades, costumbres e instituciones sociales, políticas y jurídicas de los pueblos indígenas. Este proceso, por darse dentro de un Estado, es denominado *colonialismo interno* por un amplio sector de la doctrina nacional y extranjera especialista en materia de derechos indígenas. Salvo contadas

excepciones, los pueblos indígenas no han tenido participación alguna en el diseño, aplicación y evaluación de las políticas y normas susceptibles de afectarles directamente.

16. En razón de lo anterior, debe valorarse positivamente la amplia participación indígena que se verificó en la elaboración de los contenidos de la nueva ley indígena que se preparaba al finalizar el régimen militar y que se vieron plasmados en el anteproyecto presentado por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas. El anteproyecto, además, estaba en consonancia con el primer –y hasta ahora único- tratado internacional sobre derechos de los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT, incluso superando algunas de sus normas. Sin embargo, los contenidos del anteproyecto se vieron muy debilitados, en el ejecutivo y –principalmente- en el Congreso. No obstante lo anterior, la promulgación de la Ley 19.253 (1993) fue recibida con optimismo por la mayoría de las organizaciones indígenas.
17. Al respecto, no debe perderse de vista que la promulgación de la Ley Indígena de 1993 corresponde a uno de los compromisos asumidos entre la Concertación y los pueblos indígenas en el Acuerdo de Nueva Imperial, en 1989. Los otros dos se referían al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Transcurridos más de 20 años desde la suscripción de dicho acuerdo, los pueblos indígenas aún no gozan de reconocimiento constitucional y el Convenio 169 fue ratificado por Chile y entró en vigencia el 2009, luego de 18 años de tramitación parlamentaria.
18. Si bien debe valorarse positivamente la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169, el Estado chileno aún no ha efectuado la adecuación de su derecho interno a las normas de dicho tratado internacional para hacer efectivas sus principales disposiciones, éstas son: consulta y participación; tierras, territorios y recursos naturales; y, reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, ahí donde exista y tenga vigencia. Muy por el contrario, al examinar la historia fidedigna del establecimiento del decreto que promulgó el Convenio 169, puede apreciarse que tanto el ejecutivo como el Parlamento, han intentado dejar establecido que, contra todo principio de derecho internacional, algunas normas fundamentales de dicho tratado deben ajustarse a nuestro derecho interno.

19. En cuanto al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, el examen de los diversos proyectos que no han prosperado da cuenta de que el debate se traba en prácticamente los mismos aspectos, conceptos y definiciones que motivaron el rechazo del primer proyecto de reforma constitucional, presentado al Congreso en 1991. En relación con los proyectos de reforma constitucional en actual tramitación, puede señalarse que los mismos no satisfacen los estándares de fondo ni de forma del Convenio 169. Lo anterior, a la luz de las Observaciones del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, las observaciones, conclusiones y recomendaciones consignadas en los informes de su visita a Chile de los Relatores Especiales de Naciones Unidas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

IV

20. En el derecho comparado sobre la materia, específicamente en el ámbito regional, en las dos últimas décadas se ha desarrollado un proceso sin precedentes de reformas sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. En el presente, la mayoría de los países americanos se reconocen multiculturales en sus Cartas Fundamentales, estableciendo –en mayor o menor medida- derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas, otorgando algún grado de autonomía y dando paso a formas de pluralismo jurídico o legal. Ninguno de estos ordenamientos constitucionales ha dado pie a procesos de separación o independencia de los pueblos indígenas, ni tampoco ha afectado la integridad territorial de dichos Estados.
21. En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en la última década principalmente, la Corte Interamericana ha sentado una jurisprudencia unívoca en cuanto al contenido y alcances de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, especialmente en lo referido a sus derechos territoriales –tierras, territorios y recursos naturales- y en lo que dice relación con el reconocimiento de sus usos, costumbres y derecho consuetudinario.

22. Nuestro país ha sido uno de los últimos de la región en ratificar el Convenio 169 de la OIT y, hasta ahora, no ha reconocido en su Carta Fundamental a los pueblos indígenas que habitan en su interior. Lo anterior, da cuenta del rezago de nuestro ordenamiento jurídico en materia de derechos indígenas en relación con el resto de los Estados americanos. Sin embargo, dicho rezago, que sólo pudiera observarse como un aspecto negativo, permite también hacer una lectura positiva de nuestra situación con miras al futuro, ya que, mientras el eje de la cuestión indígena en Chile aún gira en torno a concretar reformas legislativas –de rango legal o constitucional-, los demás países del continente están en la etapa de implementación y cumplimiento de ellas, lo que puede aportar experiencias valiosísimas en lo referido a las prácticas institucionales y efectiva puesta en marcha del marco jurídico sobre derechos de los pueblos indígenas. Lo mismo puede decirse de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la que, si bien no ha sido abordada en profundidad en este trabajo, arroja luces sobre la materia y constituye una rica fuente de derecho que puede servir de guía a nuestros poderes públicos para legislar o fallar con estricta sujeción a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado chileno en materia de derechos indígenas. Así al menos lo ha entendido alguna escasa jurisprudencia de la Corte Suprema.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno*, en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1, Universidad de Talca, 2005, pp. 269-295.

– *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2007.

ALBORNOZ, Patricia, *El pluralismo jurídico, ¿Una alternativa de supervivencia para el derecho consuetudinario indígena en Chile? El caso de las etnias andinas y el uso del agua*, en *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos en el tercer milenio*, Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, p. 875-886.

ALVAREZ, Marta y MARÍN, Claudia, *Análisis de la Ley Indígena n° 19.253*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2000.

ANAYA, James, *La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: evolución y perspectivas*, en AYLWIN, José y BELLO, Alvaro (comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2008, pp. 37-47.

– *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, documento ONU A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009.

ANDUEZA, Pablo, *La nueva ley indígena chilena. Historia, contexto internacional y análisis normativo*, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 42, Universidad de Valparaíso, 1997, pp. 225-253.

AYLWIN, José y BESNIER, Enrique, *Demandas de los pueblos indígenas de Chile en la transición democrática*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1990.

AYLWIN, José, *Materializaciones y conflictos: aplicación de la ley indígena en el territorio mapuche (1994-1997)*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 2000.

– *Derecho indígena y derecho estatal en América Latina*, en LILLO, Rodrigo (coord.), *Resolución de conflictos en el derecho mapuche. Un estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico*, Universidad Católica de Temuco, 2003, pp. 135-183.

– *La política pública y el derecho de los mapuche a la tierra y el territorio*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 279-291.

– *Las recomendaciones del Relator Especial de la ONU para los derechos indígenas sobre Chile*, en AYLWIN, José y BELLO, Alvaro (comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2008, pp. 246-271.

BARROS VAN HÖVELL, Alonso, *Agua subterránea: derechos colectivos, autonomía, mercado y justicia ambiental en el territorio lickanantay*, en AYLWIN, José y BELLO, Alvaro (comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2008, pp. 347-372.

BENGOA, José, *Breve historia de la legislación indígena en Chile*, Comisión Especial de Pueblos Indígenas, Santiago, 1990.

– *Las tierras indígenas en la legislación chilena*, en COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*, Santiago, 1992, pp. 41-49.

– *Historia de un conflicto. El Estado y los mapuches en el siglo XX*, Ed. Planeta/Ariel, Santiago, 1999.

– *Los derechos de las minorías y los pueblos indígenas: debate internacional*, en *Diplomacia*, núm. 78, Academia Diplomática de Chile, Santiago, 1999, pp. 7-21.

– *Historia del pueblo mapuche, siglo XIX y XX*, Ed. Lom, Santiago, 2000.

– *La emergencia indígena en América Latina*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2007.

BOU FRANCH, Valentín, *En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas*, en BORJA, Emiliano (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y derecho, nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, Ed. Tirant Lo Blanch, Universidad de Valencia, 2006, pp. 103-160.

CARBONELL, Miguel, *La constitucionalización de los derechos indígenas en América latina: una aproximación teórica*, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, año 36, núm. 108, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, pp. 839-861.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2005*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2005.

– *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2008.

– *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 2009.

CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Ed. Siglo XXI, Ciudad de México, 1994.

COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*, Santiago, 1992.

COMISIÓN ESPECIAL DE PUEBLOS INDÍGENAS, *Guía para la discusión de la nueva ley indígena*, Santiago, 1990.

– *Nueva ley indígena: borrador de discusión*, Santiago, 1990.

– *Congreso Nacional de Pueblos Indígenas*, Santiago, 1991.

COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*, Editado por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, Santiago, 2003.

CORREA, Martín, MOLINA, Raúl y YÁNEZ, Nancy, *La reforma agraria y las tierras mapuches, Chile 1962-1975*, Ed. Lom, Santiago, 2005.

DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, *El estatuto jurídico de la persona indígena en el derecho patrio chileno (1819-1992)*, Tesis para optar al grado de magíster en derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2000.

– *Vida jurídica práctica contenida en los informes de los Protectores de Indígenas en Chile (1866-1930)*, en *Anuario iberoamericano de historia del derecho e historia contemporánea*, núm. 2, Santiago, 2002, pp. 95-121.

- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge, *El reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile: una propuesta de reforma al Estado*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 299-314.
- FUENZALIDA, Sergio, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena*, en AYLWIN, José y BELLO, Alvaro (comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2008, pp. 66-99.
- GÓNGORA, Mario, *Ensayo sobre la noción del Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Ed. Universitaria, Santiago, 1986.
- GUZMÁN, Eugenio (ed.), *La cuestión mapuche: aportes para el debate*, Fundación Libertad y Desarrollo, Santiago, 2003.
- JÉLVEZ, Sandra y LÓPEZ ALLENDES, Jaime, *La aplicación de la reforma procesal penal en la región de la Araucanía*, en STIPPEL, Jörg y VALENZUELA, Mylene (ed.), *Reforma a la justicia: una visión de los derechos indígenas*, Ministerio de Justicia, Santiago, 2006, pp. 53-64.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999.
- LILLO, Rodrigo, *Los conflictos de tierras de los mapuche en la Región del Bío Bío*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 336-350.

- LÓPEZ ALLENDES, Jaime, *La conciliación judicial y administrativa en la ley indígena 19.253*, en *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos en el tercer milenio*, Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, pp. 753-755.
- MEDINA VALVERDE, Cristián, *Indigenismo, iniciativas de legislación y política indígena del gobierno chileno*, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, Valparaíso, 1995, pp. 393-417.
- MARTÍNEZ COBO, Miguel Alfonso, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Documento ONU E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999.
- MOLINA, Raúl y YÁNEZ, Nancy, *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*, Ed. Lom, Santiago, 2008.
- MUÑOZ PONCE, Rodrigo, *Algunas reflexiones acerca de la ley indígena en el ordenamiento jurídico nacional*, en *Revista del abogado*, núm. 11, Santiago, 1997, pp. 34-37.
- NASH ROJAS, Claudio, *Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 29-43.
- OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 2009.
- OSSIO, Lorena, *El sistema jurídico constitucional y el derecho consuetudinario indígena*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Medellín, 1999, pp. 465-479.

PARSONS, Franklin, *Las aguas en la Ley 19.253*, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. 4, núm. 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, pp. 113-121.

PINTO, Jorge, *De la inclusión a la exclusión. La formación del Estado, la nación y el pueblo mapuche*, Ed. Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Santiago de Chile, 2000.

PRADO, Maximiliano, *Justicia y reconocimiento: reflexiones acerca de la cuestión indígena en Chile*, en *Anuario iberoamericano de historia del derecho e historia contemporánea*, núm. 2, Santiago, 2002, pp. 257-293.

– *La cuestión indígena y las exigencias del reconocimiento*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2003.

– *La cuestión indígena como cuestión constitucional*, en *Revista Derecho y humanidades*, núm. 11, Universidad de Chile, Santiago, 2005, pp. 111-121.

SAAVEDRA, Alejandro, *Los mapuche en la sociedad chilena actual*, Ed. Lom/Universidad Austral de Chile, Santiago, 2002.

SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN Y CULTURA, *Nuevo trato con los pueblos indígenas: derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural*, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Santiago, 2004.

SIERRA, Lucas, *La Constitución y los indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo*, en *Revista Derecho y Humanidades*, núm. 11, Universidad de Chile, Santiago, 2005, pp. 105-110.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *El concepto de pueblo en el proyecto de ley indígena y de reforma constitucional*, en COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo, tierra, desarrollo: conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*, Santiago, 1992, pp. 23-28.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María, *Derechos humanos en la Constitución de 1925*, en *Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, Universidad de Talca, 2003, pp. 245-257.

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. Misión a Chile*, documento ONU E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.

– *Derecho internacional y derechos indígenas*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 15-26.

– *Pueblos indígenas: entre clase y nación*, en CASTRO LUCIC, Milka (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 17-33.

VALENZUELA, Mylene, *Situación de los derechos indígenas en Chile*, en STIPPEL, Jörg y VALENZUELA, Mylene (ed.), *Reforma a la justicia: una visión de los derechos indígenas*, Ministerio de Justicia, Santiago, 2006, pp. 12-39.

- *La legislación mapuche y la política indígena del Estado chileno*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 1992.

- VEGA, Ximena, *La ley y la costumbre indígena como fuente del derecho*, Seminario de titulación para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Concepción, 2002.
- VERGARA, Jorge, FOERSTER, Rolf y GUNDERMAN, Hans, *Instituciones mediadoras, legislación y movimiento indígena de DASIN a CONADI (1953-1994)*, en *Atenea*, núm. 491, Universidad de Concepción, 2005, pp. 71-85.
- YÁNEZ, Nancy, *El acuerdo de voluntades Estado de Chile - pueblo rapa nui: bases normativas para fundar la demanda de autonomía rapa nui*, en AYLWIN, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 419-428.
- YRIGOYEN, Raquel, *Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos*, en CASTRO LUCIC, Milka (ed.), *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 191 y 227.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: HISTORIA DE NUESTRA LEGISLACIÓN INDÍGENA PREVIA A LA LEY 19.253	4
1. Período anterior a la creación del Estado chileno: la legislación colonial	4
1.1 Antecedentes previos	4
1.2 Rasgos generales del estatuto legal de los indígenas	5
1.3 Brevísima referencia a las principales instituciones de la legislación colonial en Chile: los Pueblos de Indios, el Protector de Naturales y la Encomienda	6
2. Autonomía y pérdida del territorio mapuche (1810 – 1866)	8
2.1 Autonomía mapuche. Los Parlamentos (1598 – 1810)	8
2.2 Período republicano. Pérdida del territorio mapuche (1810 – 1866)	9
2.2.1 Primeras normas de inspiración liberal (1813 – 1830)	9
2.2.2 Legislación proteccionista (1852 – 1866)	12
3. Ocupación, reducción, radicación y división de tierras mapuche (1859 – 1989)	14
3.1 Ocupación del territorio mapuche (1859 – 1883). Antecedentes y objetivos	14
3.2 La política de radicación y el establecimiento de reducciones (1866 – 1929)	16
3.2.1 Principales contenidos de la legislación del período	16
3.2.2 Análisis y juicio crítico de la política de radicación y su aplicación práctica	17
3.2.3 Informes de los Protectores de Indígenas	19
3.2.4 Comisión Parlamentaria de Colonización	22
3.3 El proceso de división de las comunidades (1927 – 1989)	25
3.3.1 Primeras leyes sobre división de las comunidades	26
3.3.2 Leyes de Constitución de la Propiedad Austral	28
3.3.3 Dirección de Asuntos Indígenas (DASIN)	30

3.3.4	Ley Indígena n° 14.511 (3 de enero de 1961)	31
3.3.5	Período de la reforma agraria (1962 – 1973)	32
3.3.6	Ley Indígena n° 17.729 (26 de septiembre de 1972)	36
3.3.7	Período de la contra reforma agraria (1973 – 1989)	39
4.	Situación particular de los pueblos indígenas rapa nui, del norte y de los canales australes	43
4.1	Los pueblos originarios de los canales australes	44
4.2	Los pueblos originarios del norte de Chile	44
4.3	El pueblo rapa nui	46
4.3.1	El Acuerdo de Voluntades y el arrendamiento de la isla	46
4.3.2	Inscripción de la isla a nombre del Fisco de Chile y administración de la Armada	47
4.3.3	Resistencia rapa nui y Ley 16.441 (22 de febrero de 1966)	47
4.3.4	Régimen militar y nuevos conflictos	48
4.3.5	Nueva ley indígena y demanda de autonomía rapa nui	49
CAPÍTULO SEGUNDO: GÉNESIS DE LA LEY 19.253 Y ANÁLISIS COMPARATIVO DE SUS ASPECTOS FUNDAMENTALES		50
1.	Antecedentes	50
1.1	Acuerdo de Nueva Imperial y Comisión Especial de Pueblos Indígenas	50
1.2	El anteproyecto de la CEPI y el proyecto de ley del ejecutivo	52
1.2.1	El anteproyecto de ley indígena de la CEPI	52
1.2.2	El proyecto de ley relativo a la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas	53
2.	Nueva ley indígena. Aspectos principales y diferencias con el anteproyecto	55
2.1	Pueblos, comunidades y personas indígenas	56
2.2	Tierras y territorios indígenas	57
2.3	Nueva institucionalidad y fondos creados por la nueva ley	60
2.4	Participación indígena	62
2.5	Costumbres y derecho consuetudinario indígenas	63
2.5.1	Familia indígena	64

2.5.2	Justicia indígena	64
2.5.3	Reconocimiento de costumbres y derecho consuetudinario indígenas en la nueva ley	66
2.6	Conciliación y procedimiento judicial en los conflictos de tierras	68
CAPÍTULO TERCERO: EVOLUCIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN SOBRE INDÍGENAS. DOCUMENTOS OFICIALES, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN POSTERIORES A LA LEY 19.253		71
1.	Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas	71
1.1	Génesis y objetivos de la Comisión	71
1.2	Principales propuestas de la Comisión	72
1.2.1	Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas de Chile	73
1.2.2	Derechos colectivos de los pueblos indígenas que la Comisión recomienda consagrar constitucionalmente	73
1.2.3	Propuestas y recomendaciones de la Comisión relativas al pueblo rapa nui y a la situación de las tierras mapuche	80
2.	Informes de los Relatores Especiales de la ONU sobre la situación de los derechos indígenas en Chile	83
2.1	Informe del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen (2003)	84
2.2	Informe del Relator Especial James Anaya (2009)	87
3.	Ley 20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios	91
3.1	Orientaciones de la Ley 20.249	91
3.2	Principales aspectos de la ley sobre derecho consuetudinario indígena	92
4.	Ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales	94
4.1	Historia de la ley	95
4.2	Requerimiento de inconstitucionalidad y sentencias del Tribunal Constitucional	98
4.3	Principales contenidos del Convenio 169	104
5.	Derechos indígenas, legislación sectorial y algunos precedentes jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales	107

5.1	Derechos indígenas y Código de Aguas	108
5.2	Derechos indígenas y leyes sectoriales	110
5.3	Derechos territoriales indígenas en Chile a la luz de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	111
CAPÍTULO CUARTO: ¿HACIA EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE?		113
1.	Antecedentes y contexto regional	113
2.	Proyectos de reforma constitucional sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas	117
2.1	Proyecto “Aylwin”	117
2.2	Proyecto “Huenchumilla”	118
2.3	Reconocimientos rechazados durante la tramitación de la Ley 20.050 y otros proyectos de iniciativa parlamentaria	119
2.4	Proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas en actual tramitación	122
CONSIDERACIONES FINALES		125
BIBLIOGRAFÍA		132
ÍNDICE		141