

MARCO JURÍDICO APLICABLE A COMUNIDADES MAPUCHES

INCONGRUENCIAS BASICAS

Sergio Montenegro*

Resumen

El siguiente capítulo aborda el conflicto existente entre los conceptos tierra y territorio, de los cuales se desprenden una serie de conflictos entre la normativa jurídica y los sistemas de vida y economía mapuches. Para esto se revisa la evolución histórica de las normativas relacionadas a la tenencia de la tierra y sus consecuencias para las comunidades mapuches; como la legislación de los diversos recursos asociados al territorio que jurídicamente se encuentran separados a la tenencia de tierra. Con el análisis de conflictos actuales, queda en evidencia la desventaja jurídica de las comunidades mapuches.

Palabras claves: Regímenes jurídicos, incongruencias, mapuche.

CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	309
TIERRA Y TERRITORIO.....	309
REGÍMENES JURÍDICOS REGULATORIOS DE LAS TIERRAS.....	310
SITUACIÓN HACIA LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XVIII: LOS TÍTULOS DE LOS COMISARIOS DE NACIONES.....	311
DURANTE PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX, LA LEGISLACIÓN SE APLICA A LOS DENOMINADOS “PUEBLOS DE INDIOS”, UBICADOS AL NORTE DEL RÍO BÍO-BÍO: LA PRETENDIDA “IGUALDAD JURÍDICA”.....	311
LA LEGISLACIÓN DE SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX: EL “PROTECCIONISMO”.....	312
LA “RADICACIÓN”.....	312
EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD RAÍZ INSCRITA.....	314
EL PROCESO DE DIVISIÓN DE LAS COMUNIDADES.....	314
OTROS REGÍMENES JURÍDICOS APLICABLES.....	315
CÓDIGO DE AGUAS.....	316
CÓDIGO DE MINERÍA.....	317
LEY DE PESCA Y ACUICULTURA.....	318
LEY DE FOMENTO FORESTAL.....	318
LEYES ELÉCTRICA Y SOBRE GASODUCTOS.....	319
LA LEY N° 19.253 (LEY INDÍGENA).....	321
PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA LEY N° 19.253 Y ALGUNAS INCONGRUENCIAS CON LOS MARCOS JURÍDICOS VIGENTES... 322	
OTROS CONFLICTOS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES.....	324
ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE TIPO OBLIGATORIO.....	324
MANIFESTACIONES NO OBLIGATORIAS.....	326
ACUERDOS INTERNACIONALES NO RATIFICADOS POR CHILE.....	327
CONCLUSIONES.....	327
CONCLUSIONES GENERALES.....	327
CONCLUSIONES PARTICULARES.....	328
BIBLIOGRAFÍA.....	329

INTRODUCCIÓN

Abundante literatura de autores nacionales ha abordado los problemas que para la etnia mapuche significó el despojo de sus tierras a partir de la segunda década del siglo XIX y los sucesivos intentos de solución jurídica para su régimen de vinculación con aquellas.

Desde los precarios títulos que otorgaban los Protectores de Naturales (cargo suprimido por Bernardo

O’Higgins en 1819 y repuesto en 1840), pasando por las Mercedes de Tierras (Ley de 1866) y las asignaciones que conferían los Comisarios de Naciones (en territorios al sur del río Toltén), sin dejar de mencionar el curioso sistema de tenencia de tierras en la Isla de Chiloé (practicado entre 1827 y 1830, por el Intendente de esta Isla), llevaron a una serie de experiencias desde la propiedad comunitaria a la privada, sujeta a ciertas restricciones y protecciones, mediante sucesivas leyes y decretos hasta la Ley N° 19.253/1993, dejan de manifiesto incongruencias con los sistemas de vida y economía mapuches, régimen de trabajo, costumbres, creencias y con respecto a sus tierras, un estado actual caracterizado por incertidumbre legal de sus títulos, disputas con sus vecinos, reclamaciones, minifundio exagerado, sobreexplotación y graves procesos de erosión de suelos.

Mención especial merece la promulgación en 1855 del Código Civil, y del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 1857, cuyo régimen de propiedad inscrita resultaba incompatible con el sistema vigente entre los miembros de esta etnia cuyos títulos se bastaban a sí mismos para acreditar dominio sobre sus posesiones.

Este trabajo pretende describir y demostrar de qué manera tales marcos jurídicos regulatorios y hasta los vigentes no han considerado suficientemente las particularidades del mundo mapuche y otras etnias, lo que adquiere una importancia muy significativa al considerar sus bienes o recursos naturales en su territorio (aguas, minerales, bosques, biodiversidad, etc.), más allá del concepto restringido de tierra.

TIERRA Y TERRITORIO.

Para el mundo mapuche ambos términos no son sinónimos. Expresan conceptos, contenidos y valores muy propios de su cultura y tradiciones, con profundas consecuencias familiares, económicas y sociales que son determinantes para dimensionar el impacto que sobre ello generan los marcos regulatorios generales y particulares que se han dictado.

* Abogado-Prof. Legislación Ambiental Director del Centro de D° Ambiental, Fac.Derecho U.Chile

En efecto, la expresión “territorio” indica la plenitud de espacio físico, un universo de elementos naturales, sociales, culturales y tradiciones, que conforman el hábitat indígena, que incluye el suelo propiamente tal, el subsuelo, los recursos hídricos, la flora, la fauna, etc., es el “mapu”, en toda su magnitud, sobre el cual se asienta el “pueblo” mapuche, lo que ha fundamentado los años de demanda de esta etnia, siendo incluso reconocidos por acuerdo internacional.¹ El “mapu” esta “implícito en la conciencia mapuche y es la base de su crecimiento, existencia y evolución” (Quidel y Jineo, 1999). Es, por lo demás, una constante en el examen de la existencia y evolución de múltiples comunidades indígenas en el mundo, que lleva a la conclusión de que “las poblaciones indígenas tienen una relación espiritual y material profundas y peculiares con sus territorios, así como el aire, el agua, los mares costeros, lagos, hielos, flora, fauna y demás recursos. Esta relación tiene varias dimensiones y responsabilidades de orden social, cultural, espiritual, económica y política” (Daes, 2000)

Por su parte, el concepto de “tierra” mapuche, es más restringido, con una connotación de “derecho” a ella, de tipo individualista.

A partir de esta conceptualización, puede explicarse la raíz de la mayoría de los problemas que se han suscitado al ejecutar proyectos de inversión que se sitúan en territorios reclamados o reivindicados por mapuches, territorios con amplia gama de recursos naturales, y cuyos previsible impactos generan situaciones de tensión y enfrentamiento que, desgraciadamente, los marcos jurídicos vigentes no han logrado dar una solución que considere realmente los intereses y derechos de las comunidades mapuches sobre tales componentes.

En efecto, por ejemplo, la Ley N°19.253, sobre protección indígena, otorga protección a las “tierras”, sin considerar que para la etnia mapuche lo es el “territorio” (“mapu” según indicamos precedentemente), que es la “base de su crecimiento, existencia y evolución”.

Por otra parte, la misma Ley otorga un importante instrumento de participación para los indígenas, al disponer que “los servicios del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta Ley”.², disposición que en la práctica es frecuentemente omitida y se opera sobre hechos consumados. Por último, la Ley N° 19.300 (Bases del medio ambiente), estructura un sistema de instrumentos de gestión ambiental (evaluación de impacto, dictación de normas de emisión y calidad ambiental, elaboración de planes de

prevención y de descontaminación) en donde se contempla, en la letra al menos, la posibilidad de participación ciudadana, que se debe dar por notificada a través del tradicional sistema de publicaciones ya sea en el Diario Oficial y en un diario nacional o regional, según corresponda, sistema que obviamente está absolutamente ajeno al mundo y cultura mapuches.

Estos conflictos han sido tipificados como “etno ambientales”, que “se dan entre el Estado y/o empresas privadas con pueblos indígenas, por el uso o control de los recursos naturales, en donde la explotación irracional contenida en proyectos industriales planteados desde una perspectiva utilitarista, provoca no sólo el deterioro del medio ambiente (desde una perspectiva ecológica), sino también la calidad de vida de las poblaciones (indígenas) que habitan esos espacios, lo que constituye una vulneración de los derechos de estos” (Lillo, 2002).

REGÍMENES JURÍDICOS REGULATORIOS DE LAS TIERRAS.

Para dimensionar los alcances y consecuencias que se han generado por aplicación de los diversos estatutos legales que se han aplicado a las posesiones mapuches desde la llegada de los españoles a estas tierras, y a lo que han quedado reducidos en la actualidad, cabe tener presente que los dominios mapuches se extendían desde el río Maule por el norte (hasta donde llegaba el imperio incaico) hasta el río Cruces (Loncoche) por el sur, totalizando alrededor de diez millones (10.000.000) de hectáreas.³

Un hito importante para analizar este proceso de desintegración, lo constituyen las Paces de Quilín (6 de enero de 1641), en cuya virtud España reconoció la independencia de los **territorios** comprendidos entre los ríos Bío-Bío y Toltén, como ajenos a la Capitanía General de Chile y pertenecientes a la **nación** mapuche, que se relacionaría en forma directa con la Corona.

Posteriormente, en el Parlamento de Negrete (14 de marzo de 1796), se alude expresamente a “las dos naciones” (España y la nación mapuche) y se reconoce formalmente la independencia de esta última. Este reconocimiento se logra después de 100 años de guerra, circunscribiéndose la zona reconocida como mapuche entre los ríos Itata por el norte y Cruces por el

³ Con pequeñas variaciones, en esta estimación concuerdan : Aylwin, José (“Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una perspectiva histórico-jurídica”, Proyecto Mapu Territorialidad, U.de La Frontera, marzo 2002); Toledo, Víctor (“Pueblo mapuche y sustentabilidad democrática”, En: Por un Chile Sustentable: propuesta ciudadana para el cambio.); Barrientos, Mario (“La subsistencia en el sector campesino mapuche”, En: Ponencias, Tomo II, CIPMA, Encuentro Científico sobre Medio Ambiente. pág.423) y Faúndes, Juan J. (“La deuda del Estado chileno con el pueblo mapuche”, En: Diario “El Periodista”, 18 de marzo, 2002).

¹ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio N°169, de 1989, el que aún no es aprobado por el Gobierno de Chile.

² Art. 34, inc.1°, Ley 19.253

sur, totalizando alrededor de cinco millones cuatrocientas mil (5.400.000) hectáreas (Bengoa, 2000).

Esta situación se mantuvo hasta la guerra de la Independencia de Chile, después de la cual el gobierno nacional desconoció el status de la nación mapuche y su territorio, decidiendo la guerra de ocupación y exterminio (“pacificación”) que hasta 1883 terminó con 242 años de existencia independiente reconocida por España.

SITUACIÓN HACIA LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XVIII: LOS TÍTULOS DE LOS COMISARIOS DE NACIONES.

El Gobierno utilizando a estos funcionarios, procede a deslindar los terrenos de los mapuches y otras etnias. De entre éstas, aún existen algunas comunidades huilliches que exhiben estos títulos, mediante los cuales se les confirman sus derechos de propiedad, respecto de terrenos de los que han sido despojados u ocupados. Estos derechos, a pesar de la asignación de un Comisario, jamás han sido reconocidos por el Estado; peor, aún, casi todos estos terrenos han sido definitivamente perdidos por los indígenas frente a particulares que han alegado “mejor derecho” por tener esas propiedades inscritas en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Como al sur del río Toltén las medidas legales “protectoras” llegaron sólo a fines del siglo XIX, y los Protectores recién son nombrados en la primera década del siglo XX, se estima que casi toda la constitución de la propiedad raíz de este extenso territorio se efectuó a expensas de los derechos de los indígenas, quienes se vieron indefensos frente a la invasión y despojo de sus territorios.

Esta es la razón por la cual la propiedad indígena al sur del Toltén se encuentra hasta hoy en peor situación que la de más al norte. Las comunidades detentan a menudo sólo títulos de esos Comisarios de Naciones que, al no estar reconocidos por la legislación común chilena, son frecuentemente violados por particulares o empresas privadas.

DURANTE PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX, LA LEGISLACIÓN SE APLICA A LOS DENOMINADOS “PUEBLOS DE INDIOS”, UBICADOS AL NORTE DEL RÍO BÍO-BÍO: LA PRETENDIDA “IGUALDAD JURÍDICA”

i) Por Decreto de 1º de julio de 1813, se reemplazan los “pueblos de indios” y se les obliga a residir en villas formales, quienes no se incorporan a estas modalidades de vida perdían sus tierras en remate público y eran trasladados a algunas de las villas creadas.

Este cuerpo legal contempló, sin embargo, una importante disposición, consistente en que la Comisión que se creó “de **reducción** y venta de pueblos de indios” debía dictar un reglamento político y económico, **“análogo al carácter y costumbre de los indios y las circunstancias de estado particular del gobierno interior de estas poblaciones”**.⁴

ii) El Bando Supremo de 4 de marzo de 1819, avanza en la “igualdad en la protección” y en sus considerandos enfatiza en que “...Chile no puede permitir que esa porción preciosa de nuestra especie (los indígenas) continúe en tal estado de abatimiento (hacía alusión a las condiciones degradantes y sin participar en los beneficios de la sociedad en que estaban sumidos los naturales) y se declara que “en lo sucesivo, deben ser llamados ciudadanos chilenos y libres como los demás habitantes del Estado...”.

Con ello los indígenas habitantes de nuestro territorio estaban en condiciones de participar en la vida jurídica, con la sola limitación que posteriores leyes establecerían sobre disposición de sus tierras.

En general, el balance que se puede hacer de estas normas indica que, aunque muy bien inspiradas, en el texto, no se tradujo en una real situación en beneficio de los indígenas, ya que la igualdad ante la ley significó que fueran objeto de variados abusos sobre sus bienes perdiendo gran parte de sus tierras, el grueso de población mapuche emigra de la zona central y los que se mantienen terminan incorporándose a las villas, pueblos y nuevas ciudades, generándose además un gradual mestizaje.

Esta experiencia lleva a la conclusión, de que el intento de imponer por la letra una “igualdad jurídica” que no se traduzca en una “igualdad real” lleva al fracaso por cuanto “se intenta asimilar e imponer por el Estado chileno un Derecho único común a quienes poseen una historia y cultura diferentes, con sus propias costumbres y normas”⁵.

iii) Otros ejemplos de normas jurídicas que “ imponen” la igualdad jurídica y una aparente igualdad, lo constituyeron:

- el Decreto Supremo de 11 de enero de 1832, que establece el Convento de Franciscanos de Recoleta y entre sus considerandos reconoce que “debe procurarse la civilización a todos los habitantes de la República... que existe una gran porción de hombres separados de la sociedad civilizada...en el último grado de la barbarie (los indígenas)” y que por ello el Gobierno ha creído necesario “ fomentar y crear una sociedad de hombres filan-

⁴ Art.7º del Decreto de 1º de julio de 1813.

⁵ Comisión Chilena de Derechos Humanos. “Los pueblos indígenas en la legislación nacional e internacional y en el Derecho Comparado”. Doc. de Trabajo del Proyecto Constitucional de Pueblos Indígenas. Santiago, octubre de 1988, pág.2

tropicos (los franciscanos)...que por medios pacíficos procuren atraerlos a costumbres más suaves y reducirlos a formar sociedades arregladas...y lograr así su civilización”.

· Por su parte el Decreto Supremo de 7 de septiembre de 1848 que destinaba fondos para la construcción de “casas para caciques”, como “único medio de inspirarles estos hábitos (de vida social) reduciéndolos a vivir en habitaciones fijas y estables que los apegasen al suelo y les hiciesen contraerse al trabajo”.

iv) Situación especial que tuvo lugar en la Isla Grande de Chiloé.

Entre los años 1823 y 1827, se aplicó en esta Isla un mecanismo muy especial, que originalmente estaba destinado a proteger las propiedades indígenas de la zona central del país, dado el escaso resultado de los “pueblos de indios”, según el cual se facultaba a los Intendentes para que declararan en “perpetua seguridad” las tierras poseídas por mapuches y que los sobrantes fueran medidos y tasados, apropiándose los el Estado, el que como dueño los vendía en pública subasta.

Este sistema prácticamente no tuvo vigencia en la zona central del país; sin embargo, excepcionalmente el Intendente de Chiloé lo aplicó oportuna y estrictamente otorgando títulos a los indígenas locales, subastando lo restante a particulares con cabidas no mayores a diez cuadras. Este es el origen del “peculiar sistema de propiedad chilota, que privilegió al indígena sobre el particular y formó ese patrón de asentamiento de pequeñas propiedades que prevalece hasta hoy en la mencionada Isla Grande, en especial en el área del Golfo de Ancud (Aldunate, 2003).”

LA LEGISLACIÓN DE SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX: EL “PROTECCIONISMO”.

Como reacción a la situación generada, en esta etapa se dictan varios cuerpos jurídicos que tienen en común la preocupación por dar protección a los indígenas para evitar los abusos a que había dado lugar la legislación anterior que les reconocía plena capacidad jurídica. Ello en relación, básicamente, con su capacidad para enajenar sus tierras, estableciéndose un procedimiento especial, la tutoría de un funcionario de Gobierno que velara por el libre consentimiento del indígena y por un justo precio, lo que se tradujo en una real “incapacidad jurídica” de los indígenas.

También en este período el Estado pone de manifiesto su voluntad de llevar a cabo la ocupación de los territorios al sur del río Bío-Bío y regularizar la situación jurídica de las tierras ocupadas por chilenos.

Expresión de estas políticas se manifiestan en los siguientes cuerpos legales:

i) Ley de 2 de julio de 1852, que crea la Provincia de Arauco y faculta al Presidente de la República para reglamentar el gobierno de las fronteras y otorgar protección a los indígenas para “proveer a su más pronta civilización”.

ii) Decretos Supremos de 14 de marzo de 1853, 5 de diciembre de 1855 y 21 de julio de 1856: tienen en común la exigencia de intervenir el Intendente o Gobernador respectivos, en las compraventas o arriendos por más de 5 años referidos a terrenos de indígenas ubicados en Arauco, Valdivia y Llanquihue.

Estas normativas no resultaron eficaces y, por el contrario, dieron lugar a fraudes y abusos contra los indígenas ya que, por una parte la protección operaba sobre la base de que el indígena declarara serlo y si manifestaba que no lo era, no pudiendo probarse lo contrario, quedaba al margen de toda protección, y por otro lado, se utilizaban engaños como por ejemplo simular pleitos por tierras, en virtud de los cuales los indígenas otorgaban plenos poderes a sus abogados (en concomitancia con las contrapartes) para transar o llegar a avenimientos, lo que se traducía en que los indígenas entregaban grandes extensiones de sus tierras sin recibir compensaciones a cambio. También eran frecuentes los contratos de arrendamiento por 99 años, lo que significaba un traspaso efectivo del manejo y propiedad sobre sus tierras.

Todo ello condujo a que el Gobierno dictara nueva legislación:

iii) Decretos Supremos de 5 de junio de 1856 y de 7 de marzo de 1857, que reglamentaron el otorgamiento de poderes por parte de indígenas en relación con sus tierras, y el Decreto Supremo de 14 de marzo de 1853 que prohibió a Intendentes, Gobernadores y cualquier otra autoridad que ejerciera poder sobre indígenas, celebrar contratos de compraventa, empeño o arrendamiento de terrenos indígenas.

Por Ley de 1874 se amplió la prohibición a la celebración de contratos de hipoteca, anticresis y cualquier otro contrato sobre terrenos situados en territorios indígenas.

Otra Ley de 1883 extendió estas prohibiciones aclarando que se referían a cualquier contrato que “privara directa o indirectamente a los indígenas de la posesión o mera tenencia de sus tierras”.

LA “RADICACIÓN”:

Paradójicamente en el mismo período que se ha señalado como de “proteccionismo”, se dictaron otros cuerpos legales en virtud de los cuales el Estado se hace dueño de las tierras, luego “reduce” a los mapuches y entrega gran parte de ellas a colonos, chilenos y extranjeros. En efecto:

i) Por Ley de 4 de diciembre de 1866 se declara como fiscales y de propiedad del Estado, todas las tierras al sur del río Malleco, sobre las cuales los mapuches no pudieran probar posesión efectiva y continuada por más de un año.

Esto significaba que en un solo acto se expropiarían (expresión inapropiada ya que no se pagó ni compensó con nada a cambio) la casi totalidad de las tierras a los mapuches.

Las “mercedes de tierras” eran los títulos mediante los cuales gratuitamente el Estado le concedía a todos los miembros de una comunidad mapuche una cierta extensión de tierra. Para ello se ordenó deslindar los terrenos de éstos, levantar un plano en el que se fijaban las posesiones asignadas a cada indígena o a cada reducción y se procedía a otorgar el correspondiente título de “merced”.

Todas aquellas tierras no asignadas a los indígenas se reputaban como terrenos “baldíos” y, por consiguiente, de propiedad del Estado, ordenando que caen en tal categoría todos aquellos terrenos respecto de los cuales no hayan probado posesión efectiva y continuada de un año por lo menos.⁶

En el hecho, de acuerdo con la Ley de 1866, sólo se reconoció como “efectivamente ocupado” la ruca, los huertos familiares y lo cercado, no reconociendo terrenos de pastoreo, ramoneo, extracción de leña y de recolección de frutos, es decir, todo lo comprensivo de “territorios” antiguos, aquellos que permitían la supervivencia material y cultural de las familias⁷

Todo este proceso indica que lo lógico o racional debería haber sido que, primero, se otorgara títulos de dominio a los mapuches respecto de los predios que ocupaban para, luego, determinar los territorios fiscales. Los informes de los ya mencionados Protectores declaraban que en la mayoría de los casos se procedió a la inversa: antes de radicar a los mapuches, se remataban tierras a particulares, se donaban sueltos a colonos (nacionales y extranjeros), se realizaban contratos con “empresas de colonización”, se arrendaban predios o se entregaban en concesiones. Así, no fueron las mejores tierras que quedaron en poder de los mapuches.

ii) Leyes de 4 de agosto de 1874 y de 1883: se refieren a la creación de la Comisión de Ingenieros Radicadora de Indígenas, que radicaría a los mapuches en “reducciones”, espacios reservados delimitados, otorgándoseles los títulos de “merced”, quedando los terrenos

restantes libres para programas de colonización por parte del Estado.

También se creó el cargo de “Protector” de indígenas, que cumpliría las funciones que anteriormente desempeñaron los Intendentes y Gobernadores (según se indicó en párrafo 2 del capítulo anterior).

El proceso de radicación “comenzó efectivamente con la Ley de 1874, ya que con anterioridad a ella no se había otorgado ningún título de “merced” (Ormeño et al., 1972)

Estas disposiciones fueron difíciles de aplicar por la resistencia de los mapuches, lo que se extendió hasta las décadas de los 80s.

También cabe destacar que los trabajos de la Comisión Radicadora no alcanzó a las provincias de Valdivia, Osorno y Llanquihue, territorios en que continuaron vigentes los títulos de los Comisarios otorgados en nombre de la Corona de España a fines del siglo XVIII.

Esta política de “radicación” presentó los siguientes problemas:

- Obligó a los mapuches a cambiar su sistema de vida: de semi-nómades a sedentarios.

- Los confinó a vivir en un espacio reducido de tierra (no se estableció un mínimo de Hás. por persona, lo que determinó que en las primeras radicaciones se otorgaron hasta 20 Hás. por persona, lo que fue disminuyendo paulatinamente con el tiempo, hasta llegar a veces a un mínimo de una hectárea por radicado)

- Alteró su sistema de vida familiar y jerarquía de poder: terminó la vida en comunidad y las radicaciones se hicieron agrupando a miembros de distintas familias que no reconocían como Jefe a un mismo Cacique.

- Implicó la aculturización de los mapuches, ya que al desintegrar su vida en comunidad se les forzó a terminar sus formas tradicionales de vida

- Pérdida de tierras, ya que las reducciones representaron un 12,8% del territorio mapuche original en Malleco y Cautín (aprox. 410.000 hectáreas), comparadas con 1.125.120 hectáreas (35,3%) traspasadas en remate a no indígenas y las 203.000 hectáreas (6,3%) transferidas a “empresas de concesiones de colonización” (Bengoa, 2002).

- Pérdida económica, ya que las tierras “en reducción” fueron las más apartadas y de peor calidad, debiendo conformarse con pequeñas extensiones y alta concentración de miembros mapuches (6,18 hás/persona) en circunstancias de que el Estado vendió a particulares lotes de 500 hectáreas de las que se había hecho dueño (por la expropiación) e incluso entregaba gratuitamente a colonos extranjeros las mismas tierras de mapuches a razón de 40 hectáreas por familia.

⁶ Art.1° de la Ley de 1866

⁷ Destacando la importancia de considerar la integridad de estos bienes, un interesante concepto ha sido desarrollado por Ian Scoones, del Institute for Development Studies (IDS), de Brighton, en su obra “Sustainable Rural Livelihoods”, (1998), pág. 67 los “SRL” (medios de vida rurales sustentables), entendiéndose por tales “las capacidades, activos (incluyendo tanto recursos materiales, naturales como sociales) y actividades requeridas para la subsistencia”.

En definitiva, el proceso de radicación dejó dispersas comunidades mapuches constituyendo un “vasto archipiélago” (Toledo,), de porciones territoriales en medio de extensas propiedades rurales no indígenas (colonos extranjeros, empresas forestales y agroindustriales, latifundistas chilenos).

EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD RAÍZ INSCRITA.

Otro quiebre para el régimen de tenencia de la propiedad mapuche fue la entrada en vigencia del Código Civil, en 1857, y su Reglamento sobre Registro Conservador de Bienes Raíces, que consagró el sistema de la “propiedad inscrita”, el que en síntesis establece que mientras no se efectuara la inscripción del título de propiedad exigida por la ley, no se reconocía ni se transfería la posesión del respectivo derecho. Una vez efectuada la correspondiente inscripción, se probaba la posesión. En la práctica ocurrió que como no existía obligación de inscribir los títulos de propiedad existentes a esa fecha, los mapuches perdieron sus derechos sobre ellas ya que al ser ocupadas por chilenos desde hacía tiempo, estos las inscribieron a sus nombres conforme a las disposiciones del Código Civil.

La entrada en vigencia de este cuerpo legal no sólo afectó el sistema de la terratenencia mapuche, sino que afectó de igual manera todo lo relacionado con derecho de familia y sucesión por causa de muerte, sin considerar de ningún modo el derecho consuetudinario mapuche. Aún más, se impide expresamente su aplicación, salvo cuando la ley se remita a ella.

En suma, tras una utópica asimilación al resto de la población chilena, estas normas constituían para los mapuches un sometimiento a un Derecho que les era totalmente ajeno.

EL PROCESO DE DIVISIÓN DE LAS COMUNIDADES.

i) El inicio de este proceso se encuentra en la Ley N° 4.802, de 24 de enero de 1930, que entre sus disposiciones suprimió la antigua Comisión Radicadora de Indígenas, cesando por tanto las radicaciones y las consecuentes entregas de títulos de dominio en favor de los mapuches.

ii) La Ley N° 4.169, de 29 de agosto de 1927 fue la que reguló la división de las comunidades mapuches, estableció el Tribunal Especial de División y fijó el procedimiento para ello.⁸

Cabe destacar que según este texto legal se reconocen los títulos de merced de tierras como base para la división de las comunidades.

En otra de sus disposiciones se estableció que los mapuches sólo podían recibir tierras de una sola comunidad, aún cuando figuraran en varios títulos de Merced, e incluso, con derechos hereditarios sobre otros terrenos de distintas comunidades. Ello fue fuertemente criticado por las organizaciones de mapuches al constituir una negación de derechos de herencia según su costumbre, constituyendo otra manifestación más del choque entre principios jurídicos y normas válidas para la sociedad chilena y no para la sociedad mapuche.

iii) Las dos leyes anteriores fueron refundidas en la Ley N° 4.111, de 1931, y una de sus normas dispuso que la división ya no operaría de oficio (a iniciativa del Tribunal de División) sino que cuando lo solicitara la tercera parte de los comuneros. Por Ley de 1938 se requirió el acuerdo de la mayoría de éstos para la división de comunidades.

iv) Por ley de 1944 se obtuvo un indirecto reconocimiento de la propiedad de siglo pasado de los mapuches, al declararse exentas de impuesto territorial a las comunidades y condonación de deudas desde 1938 a futuro. La exención se sustentaba en que los mapuches como dueños de la tierra, desde tiempo remoto, no tenían ninguna obligación de pagar impuesto sobre ellas.

v) Por Decreto con Fuerza de Ley N° 56, de 25 de abril de 1953, se creó la Dirección de Asuntos Indígenas, que entre sus funciones tuvo la de continuar el proceso de división de las comunidades, manteniendo la voluntad de la mayoría de sus miembros (que estableció la Ley de 1938), pudiendo, incluso, expropiar predios para ser restituidos a los mapuches.

vi) La Ley N° 14.511, de 1961, mantuvo la división de las comunidades, pero volvió a la antigua mayoría del tercio de la comunidad para acordar su partición, cuya solicitud debía ser resuelta por los Jueces especiales de Indios.

Esta insistencia en provocar la división estaba fuertemente influenciada por el argumento en esferas oficiales en el sentido de que se mantendría la situación de pobreza de los mapuches en tanto no se propendiera a la propiedad privada de sus tierras. Además, se sostenía que no podían existir regímenes distintos de propiedad a los del resto de la sociedad chilena, cual era el sistema civilista de la propiedad privada.⁹

⁹ El resultado del proceso de división fue bastante limitado. En efecto, en el período 1927-1967, un poco más de 800 comunidades completaron este proceso, de las cuales 793 lo hicieron entre 1931 y 1949, período en el cual se aplicó la ley que imponía de oficio la división sin consultar ni tener el acuerdo de los comuneros; con posterioridad, según la nueva legislación, que requería el acuerdo de un tercio de los interesados, sólo se solicitaron en un total de 121 casos. (Comisión Especial de Pueblos Indígenas. “Breve historia de la legislación indígena en Chile”. Serie de Documentos CEPI, Santiago, octubre de 1990, pág.41)

⁸ Hay que tener presente, además, que según las normas del Código Civil nadie puede permanecer obligadamente en la indivisión.

Una norma importante de esta Ley reconocía la existencia de usurpaciones de tierras sufridas por los mapuches y se establece un sistema para recuperarlas, con un procedimiento judicial a cargo de los Juzgados de Letras de Indígenas, tramitación en la cual los Títulos de Merced prevalecen sobre cualquier otro.

vii) Durante el régimen militar se dictó otra legislación, los Decretos Leyes.

- N° 2.568 y 2750, de 1979, que constituyeron claramente un incentivo para el proceso divisorio de las comunidades reduccionales creadas por el Gobierno chileno. Con respecto a la normativa existente, se pueden destacar las siguientes innovaciones:

- Desconoció totalmente la calidad de indígena al pueblo mapuche, ya que entre sus normas dispuso que “a contar de la fecha de inscripción en el Registro Conservador de Bienes Raíces, las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños y adjudicatarios”

- Se crea el Departamento de Asuntos Indígenas, (dependiente del Instituto de Desarrollo Agropecuario), encargado de aplicar este Decreto-Ley.

- Cualquier ocupante de una comunidad indígena, sea o no mapuche, podía solicitar la división¹⁰

- La división de comunidades no respetó los espacios comunes que de larga data han existido en la tierra mapuche (bosques, pastadas, etc) ni los reservados para el desarrollo de manifestaciones culturales o religiosas (sitios sagrados, lugares para “cahuines”, “nguilatunes” y otros) ni para trabajos comunitarios (“mingacos”)

- Se favoreció la migración hacia las ciudades ya que el crecimiento de la población mapuche no guardó relación con el tamaño de las hijuelas que resultaron del proceso divisorio, las que en la mayoría de los casos no alcanzó a la media hectárea.

OTROS REGÍMENES JURÍDICOS APLICABLES.

En esta materia, al igual que en el sistema de reconocimiento de la propiedad mapuche, se advierte la misma situación de incompatibilidad o incongruencia entre las legislaciones comunes aplicables a la generalidad de los casos en nuestro ordenamiento jurídico referido a aguas (superficiales, subterráneas, interiores o de riberas de mar, ríos o lagos), minería, forestal, pesca y acuicultura, frente a la situación de los mapuches. Podemos agregar, por las importantes proyecciones internacionales y los intereses de empresas de

biotecnología o biogenética y laboratorios farmacéuticos, los conocimientos tradicionales indígenas, su natural biodiversidad y sus genes.

En efecto, analizaremos cómo los cuerpos normativos básicos que regulan algunos de nuestros principales recursos naturales, esto es los Códigos de Aguas y el de Minería, y las disposiciones sobre Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas, parten del supuesto jurídico que son bienes separables, o mejor dicho que la riqueza natural puede ser dividida y sus partes remitidas a diversos cuerpos legales, y sometidas a distintos regímenes de propiedad, y que cumpliendo ciertos requisitos, pueden, incluso, ser entregados a particulares para su explotación y provecho propios. Intimamente vinculada al recurso agua (lacustre y fluvial) es interesante tratar el tema sobre Acuicultura, en donde también se plantean algunas contradicciones de la normativa que la regula y los intereses del mundo indígena.

Los conceptos jurídicos y modalidades de ejercicio sobre dichos recursos que consagran tales cuerpos normativos se contraponen, evidentemente, a la dimensión integradora del mundo mapuche, para quienes, que como ya lo señalamos anteriormente (párrafo 1.) la tierra es una entidad universal en donde se asientan y convergen todos los recursos que en ella existen.

Por otra parte, otros marcos regulatorios tales como las Leyes Eléctrica (DFL N° 1, de 1982) y la de Servicios de Gas (y gasoductos) (DFL N° 323, de 1931 y sus modificaciones), plantean un serio conflicto de primacía de aplicación por sobre las disposiciones de la Ley de Protección Indígena al momento de establecerse las servidumbres legales en predios de propiedad mapuche, luego del trascendental fallo de los Tribunales Superiores de Justicia con ocasión del caso Ralco (que analizaremos más adelante)

En suma y en la práctica, hoy día, los derechos de los indígenas, sean individuales o en comunidad, sobre los recursos naturales indicados comprendidos en sus tierras, se encuentran desprotegidos, aún bajo la actual vigencia de la Ley N° 19.253, como lo demostraremos.

Es de absoluta evidencia que la asignación de tierras debe ir en paralelo con la posibilidad de hacer uso exclusivo de los recursos naturales pre-existentes o que sean fruto de su búsqueda o exploración. También deben ser complementados con programas de subsidios o de apoyo técnico. Todo ello conforma lo que ha sido definido como “medios de vida rurales sustentables” (“sustainable rural livelihoods” ó SRL) (Mitra, 1990), entendiéndose por tales “las capacidades, activos (incluyendo tanto recursos materiales, naturales como sociales) y actividades requeridas para la subsistencia. Un medio de vida es sustentable cuando puede enfrentar a y recuperarse de tensiones y crisis, mantener o aumentar sus capacidades y activos y no socavar

¹⁰ En virtud de este D-Ley, se verificó un proceso de división de comunidades indígenas sin precedente hasta entonces. Sólo entre 1979 y 1986 se dividieron un total de 1.739 comunidades (un 59,6% del total existente) entre las provincias de Arauco y Osorno (Comisión Chilena de Derechos Humanos. Ob.cit. pág.11

al mismo tiempo la base de recursos naturales” (Scoones, 1998).

Así, dentro de esta perspectiva y destacando la importancia sobre el uso exclusivo y sustentable de los recursos naturales, por parte de los mapuches, podemos distinguir las siguientes situaciones:

CÓDIGO DE AGUAS.

Su texto actual, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, publicado en el Diario Oficial de 29 de octubre de 1981, constituye la máxima expresión de los poderes omnímodos que posee el titular de un derecho sobre aguas, otorgado cumpliendo los requisitos que este cuerpo jurídico señala.

La mayor incongruencia, dentro del mismo sistema jurídico nacional, surge al declararse tanto por el Código de Aguas como por el Código Civil que “las aguas son bienes nacionales de uso público”¹¹ y que su uso corresponde a “todos los habitantes de la Nación”¹² y, no obstante, se puede otorgar a los particulares “el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del mismo Código”¹³.

Lo trascendental de esta figura jurídica está contenido en la definición del derecho de aprovechamiento, que constituye “un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código”¹⁴, reafirmando que este derecho sobre las aguas “es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”¹⁵.

No nos detendremos mayormente en profundizar sobre la contradicción básica de este régimen ya que, al permitirse la libre disposición de este derecho de uso, se está permitiendo indirectamente la comercialización de un bien que, por definición, no es comerciable (por su naturaleza de bien nacional de uso público). Así, la actual legislación minimiza, hasta casi hacerla desaparecer, la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público que posee el agua.

Lo que sí es relevante para los efectos de demostrar los perjuicios que esta legislación acarrea para los mapuches y los recursos hídricos existentes en sus tierras, es señalar los requisitos mínimos que debe cumplir el peticionario para que se le conceda un derecho de aprovechamiento.

Ellos son:

- Solicitud escrita a la Dirección General de Aguas

- Indicar el cauce o fuente del recurso

- Cantidad de agua solicitada (en m³/seg)

Los puntos de toma y de descarga (si es derecho no consuntivo)¹⁶

La solicitud debe ser publicada (en extracto) dentro de 30 días de su presentación, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de Santiago, posibilitando que cualquier persona que se sienta afectada en sus derechos pueda oponerse a aquella dentro de 30 días contados desde la última publicación. Este requisito de publicidad resulta absolutamente ineficaz para salvaguardar los derechos de indígenas sobre las aguas que están siendo solicitadas con derecho de aprovechamiento, dado que ni el Diario Oficial ni un diario de la capital del país están dentro de su lectura habitual o peor aún si se trata de analfabeto.

Pero la situación es tanto más grave, en la etapa de recepción y trámite de la petición, ya que el sistema actual es tan libertario y débil, que el solicitante no requiere justificar el uso del agua solicitada, ni la cantidad pedida, con respecto a ningún proyecto o actividad presente o futura.

Frente a la solicitud, la Dirección de Aguas debe aprobarla siempre que exista caudal disponible y no haya surgido oposición de terceros.

En el evento de que se presenten dos o más solicitudes (caso de un mapuche frente a un no indígena) debe citarse a un remate por la Dirección General de Aguas, (nuevamente aviso en un matutino de Santiago y en un diario o periódico de la comuna, provincia o capital de la región en que se encuentra ubicada la sección de la corriente o la fuente natural de la cual se pide la concesión del derecho), sobre la base de un precio de contado y al mejor postor. No es preciso aventurar una predicción muy hipotética para determinar quién se adjudicará los derechos subastados, ya que no existe derecho preferente en favor de pertenecientes a esta etnia en casos como el descrito.

Por lo tanto, hoy día, según este marco regulatorio, es posible ser dueño de tierras sin tener derechos de agua, y vice-versa, ser titular de derechos de agua sin disponer de tierras.

De esta manera, al separarse el derecho a las aguas del derecho de la tierra, se posibilita legalmente que particulares, ajenos al mundo mapuche obtengan derechos de aprovechamiento de aguas en terrenos de esta etnia y que históricamente le han pertenecido.

Siguiendo este discutible marco jurídico, el agua es un bien principal y no accesorio de la tierra para la cual estuviera destinada, consagrando esta incongruencia la

¹¹ Arts. 5° del DFL-N°1.122 y 595 del Código Civil .

¹² Art.589 del Código Civil

¹³ Art.5° del DFL-N° 1.122

¹⁴ Art. 6°, inc.1°, del DFL-N°1.122

¹⁵ *Ibíd.* inc.2°

¹⁶ Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla, sin perjudicar los derechos de otros titulares sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, sustancia y oportunidad de uso. (Art.14° del DFL-N°1.122)

existencia de un Registro de Propiedad de Derechos de Agua similar al de la Propiedad Inmueble, pero independiente de él.

En esta misma materia, cabe tener presente que no se reconocen los derechos ancestrales sobre las aguas, al posibilitar la inscripción de ellas por terceros, en caso de que no se encuentren inscritas.

Se agrava la situación habida consideración que la tramitación es gratuita (sólo paga el solicitante las publicaciones) y por el uso de las aguas no se paga ningún derecho, tasa o patente.¹⁷

Este régimen, notoriamente desfavorable para los intereses de mapuches sobre aguas en sus territorios, ha llevado a que en la actualidad “se ha otorgado el acceso al aprovechamiento del 75% de los flujos superficiales disponibles entre las regiones VIII y X, principalmente a empresas forestales, hidroeléctricas, agrícolas, ganaderas y mineras. En oposición, apenas el 2% de las aguas mapuches están inscritas”(Toledo,).

En la actualidad la Ley N° 19.253, de 1993, pretende solucionar esta situación creando dos instrumentos: el Fondo de Tierras y Aguas y las Áreas de Desarrollo Indígena, que analizaremos más adelante.

Por último en materia de aguas subterráneas (reguladas por el mismo Código de Aguas, más el DS. N°186, del M. de OO. PP., publicado en Diario Oficial de 15 de mayo de 1996), deben tenerse presente un par de normas especiales de protección, que aunque aplicables sólo en áreas de vegas y bofedales, en las regiones de Tarapacá y de Antofagasta, resguardan a las comunidades aymaras frente a solicitudes de exploración de aguas subterráneas en zonas que alimenten tales áreas, requiriéndose autorización fundada de la Dirección General de Aguas.

Además, estas mismas zonas pueden ser declaradas como prohibidas para nuevas explotaciones y para mayores extracciones que las autorizadas, sin necesidad de declaración expresa de la misma Dirección.¹⁸

CÓDIGO DE MINERÍA

El actual Código de Minería fue aprobado por Ley N° 18.248, publicada en el Diario Oficial de 14 de octubre de 1983.

El concepto básico en esta materia consiste en distinguir que la propiedad minera es independiente de la propiedad del suelo. Es decir, el dueño del suelo, si no

¹⁷ Un proyecto de reforma al Código de Aguas, que lleva cerca de 9 años de tramitación en el Congreso Nacional, pretende introducir algunas modificaciones al sistema vigente, entre ellas que se justifique el uso de las aguas, dentro de cierto plazo, que se pague una patente por el uso y por el no uso de las aguas, dentro de dicho plazo, que exista una priorización de usos de agua, se incorpore el concepto de “caudal mínimo ecológico” y la administración de recursos hídricos por cuencas.

¹⁸ Arts.58° y 63° del Código de Aguas y arts. 1° y 32° del DS.N° 186, de 1996

desea o no le conviene explorar y explotar un yacimiento minero que pudiese existir en la misma superficie o en el sub-suelo, no puede impedir que otra persona lo haga, y previos los permisos y trámites legales, constituya propiedad minera. Si el mismo dueño superficial es quien constituye propiedad minera, ésta es, de todas maneras, distinta e independiente de aquella.¹⁹

La situación privilegiada de que goza la actividad minera en nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente en relación con los intereses de mapuches, queda de manifiesto si analizamos algunas de las disposiciones del mencionado Código de Minería, en cuanto se refieren a:

Las facultades de catar, cavar, explorar y explotar etc. se pueden ejercer aún contra la voluntad del dueño del terreno

Si el dueño, poseedor o simple tenedor del terreno (mapuche)se niega, el interesado podrá recurrir a la Justicia Ordinaria Civil para que resuelva.(art.15° y 231°)

Todas estas imponen servidumbres (legales) (art.19° y 120°), por lo tanto no es necesario autorización o aprobación de CONADI si los predios gravados son de mapuches²⁰

Solicitudes de exploración (“pedimento”), “manifestación” de pertenencia minera y para la “mensura”, se deben publicar en el Boletín Minero,(arts.48°, 55°, 60° y 238°), que es un suplemento especial del Diario Oficial, que se publica los primeros días hábiles de cada semana y el primer día hábil de cada mes, para posibilitar oposición (semejante limitación de publicidad y conocimiento oportuno, situación en desmedro de derechos de indígenas que ya comentamos al tratar la constitución de derechos sobre aguas).

Costos de un juicio de oposición, etc.

Titular de concesión minera tiene por el solo ministerio de la ley²¹, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, derecho inseparable de la concesión minera.(art.110°)

Actividad minera, se posibilita con permisos especiales (no se prohíbe) en: cementerios (art.17°, N°1, permiso del Gobernador respectivo), en parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales (art.17°, N°2, permiso del Intendente respectivo) y en

¹⁹ Arts. 1° y 2° del Código de Minería.

²⁰ Según fallo en caso Ralco, entre otros temas que se resolvieron, se sostuvo que las servidumbres legales no requieren autorización de CONADI, lo que se necesita sólo si se trata de gravámenes acordados voluntariamente. (Fallo de la Iltma.Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25 de julio de 2000, en Recurso de Protección Rol N° 1388-2000)

²¹ Significa que el beneficiario lo adquiere y ejerce sin efectuar petición alguna.

Semejante derecho le otorga al concesionario de energía geotérmica, el art.27 de la Ley N°19.657, de 7 de enero de 2000.

lugares declarados de interés histórico o científico (art.17° N°6, del Presidente de la República)²²

El balance de la aplicación de este marco regulatorio demuestra que ha facilitado la constitución de propiedad minera en terrenos de mapuches. En efecto, según datos hasta 1996, existían entre Arauco y Chiloé, un total de 1.357 concesiones mineras constituídas y en trámite, de las cuales 144 se ubicaban en comunidades mapuches y huilliches (Toledo, ; Aylwin, 2002), siendo las comunidades mapuches de Trapa-Trapa (Santa Bárbara y Lonquimay) y las huilliches de San Juan y Río Negro (Osorno), las más afectadas.

LEY DE PESCA Y ACUICULTURA

La ley de pesca y acuicultura basada en los siguientes cuerpos jurídicos (N° 18.892, de 1989, texto refundido, coordinado y sistematizado por D.S. N° 430, del M. Economía, de 1992) y **Reglamento sobre Concesiones y Autorizaciones de Acuicultura** (D.S. N°290, de Sub-Secretaría de Pesca, de 1993, modif. por D.S.N° 257, de 2001).

Este último cuerpo jurídico distingue dos tipos de resoluciones de la autoridad para desarrollar acuicultura:

La “autorización” otorgada por la Sub-Secretaría de Pesca, para aplicarla en aguas administradas por la Dirección General de Aguas (en general, aguas interiores, no de competencia de la Armada)

La “concesión”, otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional (sobre áreas de playas de mar, terrenos de playa fiscales²³, porciones de agua y fondo, dentro y fuera de las bahías, y en ríos y lagos que sean navegables por buques de más de 100 tons.

El extraordinario auge que ha alcanzado la acuicultura, en especial para cultivo de salmones en aguas lacustres, está generando algún tipo de intervención o presión en aquellos lugares donde las riberas de lagos colindan con territorios de comunidades mapuches, siendo los más representativos en los lagos Calafquén y Peillafe y en las costas de Carahue, Toltén, Valdivia y Chiloé, explotaciones a cargo de empresas de exportación extranjeras o filiales de ellas que, además del impacto o conflicto territorial, se desenvuelven absolutamente ajenas a las comunidades lugareñas.

Ello deriva del régimen para solicitar concesión o autorización de acuicultura, el que a diferencia del sistema para solicitar derecho de aprovechamiento de aguas, no exige publicidad de la petición, sino que ésta se tramita ante la autoridad que corresponda (DGA o

Sub-Secretaría de Marina) y una vez dictada la Resolución constitutiva debe publicarse en extracto en el Diario Oficial, por cuenta del interesado. Tal como lo comentamos al tratar las normativas sobre aguas y minería, se repite el requisito de publicidad (esta vez ex -post) en un medio de difusión tan especial y absolutamente ajeno al mundo mapuche, impidiendo un conocimiento oportuno y anticipado sobre la solicitud para establecer una acuicultura en terrenos colindantes con sus posesiones y posibilitar alguna oposición.

Aún más, las situaciones pueden llegar a ser más conflictivas por cuanto el mismo Reglamento comentado, otorga al concesionario o al autorizado para explotar una acuicultura la facultad de “realizar en los sectores otorgados todas aquellas obras materiales, muelles, atracaderos, inversiones e instalaciones, previo permiso de la autoridad competente, que proceda”²⁴.

Por último, resulta más complicado el sistema, aún cuando una comunidad mapuche o alguno de sus miembros a título personal, decidiera solicitar el permiso correspondiente, se encontraría con la limitación de que si se trata de desarrollar una acuicultura en aguas bajo la competencia de la DGA, debiera acreditar el respectivo derecho de aprovechamiento sobre las aguas²⁵.

LEY DE FOMENTO FORESTAL

(Decreto Ley N° 701, publicado en Diario Oficial de 28 de octubre de 1974, cuyo texto fue reemplazado por el Decreto Ley N° 2565, publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1979, modificado por Ley N° 19.561, publicada en el Diario Oficial de 16 de mayo de 1998).

Con respecto a esta normativa, la contradicción más grave debiera tener lugar en caso de que CONAF, en ejercicio de sus facultades legales²⁶ obligara al cumplimiento de un plan de manejo, aprobado en un predio de un particular determinado, en virtud del cual se cortó cierta cantidad de árboles, predio que CONADI, en cumplimiento de sus programas de recuperación o adquisición de terrenos los entregó a una comunidad mapuche. Esta, pudiera verse forzada a cumplir con la obligación de reforestar una superficie de terreno igual, a lo menos, a la cortada o explotada, ya que esta obligación es un gravamen real, es decir, pasa con el predio a manos de quien lo adquiera.²⁷

La situación es doblemente conflictiva ya que si no se da cumplimiento a esta obligación legal su sanción consiste en una multa de 5 a 15 UTM por hectárea afectada.²⁸ Para evitar esta sanción, la comunidad,

²² Estos permisos sólo se requieren cuando se trate de labores mineras y así se ha declarado por Decreto Supremo, que debe llevar además la firma del Ministro de Minería. (art. 17°, inc.3°)

²³ Es la franja de tierra de 80 metros medidos desde la línea de “más alta marea” hacia tierra firme.

²⁴ DS.N° 290/1993, art.6°

²⁵ Ibíd. art.10°, inc. final,

²⁶ Art.31° del DL N° 701

²⁷ Arts. 22° y 30° del DL N°701

²⁸ Art.17° del DL N° 701

nueva dueña del predio, debiera incurrir en fuertes desembolsos de dinero y asesorías técnicas, compromisos financieros que obviamente no están en condiciones de asumir

LEYES ELÉCTRICA Y SOBRE GASODUCTOS

La primera de ellas, cuya denominación precisa es “Ley General de Servicios Eléctricos”, está contenida en el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 1, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial de 13 de septiembre de 1982, y la segunda, “Ley General de Servicios de Gas”, fue regulada por Decreto con Fuerza de Ley N° 323, publicado en el Diario Oficial de 20 de mayo de 1931, modificado por Ley N° 18.856, publicada en Diario Oficial de 2 de diciembre de 1989, y complementada por el DS. N°263, del M.de Economía, que aprobó el Reglamento sobre Concesiones provisionales y definitivas para la distribución y transporte de Gas (gasoductos), publicado en Diario Oficial de 8 de julio de 1995.

Ambos textos legales otorgan a las empresas titulares de la explotación, distribución y prestación de servicios de electricidad, gas y otros combustibles, un conjunto de derechos y garantías para posibilitar el desarrollo de sus actividades, a través de un régimen de concesiones, que se traducen en la posibilidad de imponer gravámenes (servidumbres), aún contra la voluntad de los dueños de los predios afectados, cumpliendo los requisitos legales, todo lo cual se justifica en el interés general de la Nación, dado que la generación, transporte y distribución de estos energéticos benefician a toda la población.

Esta fundamentación ha sido sostenida invariablemente tanto por la doctrina (Alessandri, 1974; Silva Cimma, 1995; Vergara, 1998), como por reiterados fallos de los Tribunales de Justicia, que han sostenido la constitucionalidad de estas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad como consecuencia de su “función social”.²⁹

Los problemas que se generan frente a la situación de las comunidades indígenas dicen relación con los siguientes temas:

- a Publicidad de los actos constitutivos.
- b Posibilidad de oposición.

²⁹ Corte de Apelaciones de Talca, fallo de 11 de mayo de 1987 (En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, T.84, Secc.5ª, pág.195)
Corte de Apelaciones de Chillán, fallo de 6 de diciembre de 1991 (En: Revista Fallos del Mes, N°401, pág. 125)
Excm. Corte Suprema de Justicia, fallos de 25 de enero y de 6 de octubre de 1988 (En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, T.85, Secc.5ª, págs. 14 y 176, respectivamente)
Excm. Corte Suprema de Justicia, fallo en Recurso de Inaplicabilidad, de 6 de junio de año 2000.
Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de 25 de julio de año 2000 (caso Ralco)

- c Derechos de los concesionarios (servidumbres).
- d Valores a indemnizar.
- e Posesión material de los predios.

En cuanto a publicidad de las solicitudes de concesión provisoria y de las resoluciones sobre concesión definitiva eléctrica de la autoridad competente (Superintendencia de Electricidad y Combustibles), mantienen el sistema ya tradicional de proceder a través del Diario Oficial y un diario de circulación nacional, para el primer caso, y sólo en aquel para la segunda materia.³⁰ La situación es más limitativa aún tratándose de las concesiones de servicios de gas (gasoductos) en que la obligatoriedad de publicidad se reduce sólo al decreto que otorga la concesión y restringida al Diario Oficial.³¹ Ya hemos planteado nuestra crítica a este sistema, ya que un diario de circulación nacional y mucho menos el Diario Oficial no constituyen un medio habitual de lectura de los miembros de comunidades mapuches, habida consideración, además, que muchos de sus miembros se mantienen analfabetos.

Relacionado con este tema se encuentra el derecho a oponerse que pueden ejercer los afectados frente a las solicitudes de concesión, limitado al caso eléctrico (ya que la normativa de gas no la contempla), que parte del supuesto de un oportuno e íntegro conocimiento de aquella, lo que debe ejercerse dentro de cierto plazo.³² Al no tener la posibilidad de conocer una petición en tal sentido, lo más probable es que se tome conocimiento frente a hechos consumados.

La situación es tanto más grave aún, siempre en el caso eléctrico, si se tiene en cuenta que en la solicitud de concesión definitiva la empresa interesada debe presentar los planos especiales de las servidumbres que se impondrán sobre los terrenos afectados.³³ Como no se prevé exigencia de publicidad de esta solicitud, la ley sólo prescribe que dichos planos deberán ser “puestos en conocimiento” de los afectados, sin especificar la modalidad o requisitos para esta toma de conocimiento. A contar del supuesto conocimiento, los afectados tiene también un plazo para formular su oposición u observaciones.³⁴

Es evidente que con una normativa tan imprecisa, flexible o vaga, se podrán llegar a configurar situaciones de hecho irreparables para las comunidades mapuches afectadas por este tipo de concesiones, lo que ha sido reconocido y ratificado como procedimiento inobjetable en un fallo de Tribunal de Apelación al resolverse que “ la norma referida (Ley Eléctrica) no señala

³⁰ Arts.19° y 20°, DFL. N°1

³¹ Art.8°, del DS. N°263, del M.de Economía (Reglamento sobre Concesiones para distribución y transporte de gas)

³² Art.19°, DFL. N°1

³³ Art.24°, h), DFL. N°1

³⁴ Art.26°, inc.1° y 2°, DFL.N°1

determinadamente algún tipo de notificación y sólo se requiere, en general, que los planos sean puestos en conocimiento de los afectados y que no se excluya la notificación tácita”.³⁵

En cuanto a derechos de los concesionarios, las concesiones provisorias, tanto para servicios eléctricos como para gas, le otorgan el derecho a pedir autorización judicial para entrar a los terrenos para efectuar mediciones y estudios.³⁶

Las concesiones definitivas permiten:

- a Ocupar y cercar terrenos para embalses, bocatomas, vertederos, estanques, estaciones de bombeo de gas, centros reductores de presión, cañerías, tuberías e instalaciones para el personal
- b Ocupar terrenos necesarios para el tendido de líneas aéreas o subterráneas y tuberías conductoras de gas³⁷

Para la ejecución de todas estas obras la legislación eléctrica y de gas otorga a favor del concesionario las respectivas servidumbres, establecidas en función de la utilidad o conveniencia públicas, gravamen o limitación al ejercicio del derecho de propiedad fundado en la función social de ésta, frente a lo cual la legislación indígena debe ceder imperio frente a los otros dos marcos regulatorios, no sólo en consideración a aquel fundamento sino también por cuanto estas servidumbres constituyendo gravámenes legales (obligatorios) no requieren la autorización previa de la CONADI ya que esta exigencia sólo opera cuando se trata de gravámenes voluntarios o contractuales. Así, por lo demás, lo ha consagrado el fallo ya mencionado de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Directamente vinculado al tema de las servidumbres se encuentra el de las indemnizaciones a que tienen derecho los dueños de los predios que son afectados por estas cargas o gravámenes (predios sirvientes).

Al respecto, tanto la legislación eléctrica como la de gas (gasoductos)³⁸ reconoce derecho al pago por concepto de:

- a. Valor de los terrenos ocupados
- b. Valor de los perjuicios ocasionados por las construcciones y el ejercicio de las servidumbres
- c. Daños ocasionados por el tránsito de personas (vigilancia, mantención, reparación, emergencia, etc)

En esta materia, la norma legal indica que si no hay acuerdo entre las partes, el Ministro del Interior designa una Comisión de tres “Hombres Buenos” para que efectúen el avalúo de estas indemnizaciones, el que se entrega a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y ésta notifica por carta certificada a los interesados, pudiendo éstos a contar de este momento reclamar dentro de 30 días ante la Justicia Civil.³⁹

Respecto de este procedimiento podemos señalar tres aspectos en donde se advierte, una vez más, el quiebre del sistema frente a la realidad del mundo mapuche.

En efecto, en cuanto al monto a indemnizar por el valor de los terrenos y criterios a utilizar. Obviamente esta valoración sólo considerará un valor comercial o de mercado, estimativo, de estas tierras, con bases muy objetivas y desprovistas de consideraciones o elementos subjetivos, afectivos o de orden religioso o espiritual. Por lo tanto, unido al valor comercial debiera también valorarse otros elementos o bienes de carácter inmaterial, representados por valores no materiales, como lo son su cultura, sus tradiciones, sus prácticas religiosas, etc.

En esta materia y reforzando nuestra posición, debemos volver a citar la Ley Indígena que dispone: “ El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional.....que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”.⁴⁰

Un principio de consagración oficial de valoración de elementos no materiales vinculados a la tierra mapuche lo constituye la modalidad especial aplicada por el Gobierno (Ministerio de Obras Públicas) para buscar una solución negociada con las comunidades mapuches afectadas por la construcción del by-pass de Temuco, consistente en que a la indemnización expropiatoria de cada propietario indígena se le aumentó un valor adicional en razón de un “ plus cultural”, esto es un mayor valor de la tierra mapuche por ser ésta elemento fundamental para la existencia y cultura de su pueblo, como lo señala la Ley Indígena ya citada.

En cuanto al sistema de notificación del acta de valoración efectuada por la Comisión antes mencionada, también resulta inapropiada para la realidad mapuche, ya que el requisito de carta certificada opera con cierta normalidad y efectividad en áreas urbanas, lo que no se garantiza en áreas rurales y mucho menos en zonas absolutamente aisladas (normalmente en pre-cordillera o limítrofes con la Argentina) o de difícil acceso por efecto de condiciones climáticas adversas (lluvia o nieve).

³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Protección (caso Ralco), Rol N°1388-2000, fallo de 25 de julio, 2000

³⁶ Arts.20° y 21°, DFL.N°1

³⁷ Arts.47° a 61°, DFL. N°1 y art.5° de la Ley N° 18.856 (D.Of.2 de diciembre de 1989) que modificó el art.12° del DFL. N° 323 (D.Of. 20 de mayo de 1931), Ley de Servicios de Gas.

³⁸ Art.68°, DFL. N°1 y nuevo art.22°-J. del DFL. N°323, de 1931 (agregado por Ley N°18.856, de 1989)

³⁹ Arts.62°, 63° y 64° del DFL. N°1

⁴⁰ Art.1°, inc.1°, de la Ley N° 19.253 (Ley Indígena)

Por último, la posibilidad de reclamo del valor fijado por este procedimiento, vía judicial, con un plazo reducido (30 días) y a contar de la notificación ya comentada, constituye, asimismo, una doble limitación para los mapuches afectados, ya que, por una parte, les significa iniciar un proceso judicial con todos los costos y dificultades propios de un juicio ante un tribunal y, por otra, el tema de fondo, la discusión sobre la valoración de las tierras y sus perjuicios, se va a centrar en criterios solamente objetivos y de mercado, dejando fuera los aspectos no comerciales pero de la mayor importancia para ellos como lo son los tradicionales, culturales, religiosos y comunitarios. Al respecto, el fallo ya comentado sobre el caso Ralco, en una de las disposiciones resolutorias finales sentenció que el DS. N°31, del año 2000, que otorgó la concesión definitiva a ENDESA para construir la central hidroeléctrica, contra el cual se presentó un recurso de protección, alegándose entre otras causales que “dañaría la cultura y forma de vida de las comunidades indígenas”, no era procedente ya que “esta materia está fuera del ámbito propio de la acción de tribunales, aún en caso de recurso de protección y ...para lo cual existen leyes y organismos relativos al medioambiente y a la protección de la vida y cultura indígenas”⁴¹

Una consecuencia de mayor gravedad, derivada de lo desfavorable para los intereses mapuches del procedimiento antes comentado, lo constituye el hecho de que determinado el valor según tasación de los peritos (Hombres Buenos), más un 20% de aumento, se le entregará a los dueños de las tierras. Si estos se niegan a recibirlo o se encuentran ausentes, la empresa interesada puede depositar esta cantidad en la Cuenta Corriente del Tribunal competente (el Juez Civil del lugar donde se encuentra el predio gravado con la servidumbre) y solicitar al mismo Juez que le permita la posesión material del predio, aunque exista reclamación. Como se advierte, todo el sistema opera en beneficio de la empresa concesionaria, una vez más, bajo el predicamento del interés “social” o “de la Nación”.

LA LEY N° 19.253 (LEY INDÍGENA).

Esta normativa, que marca un hito importante en el desarrollo de la “cuestión mapuche”, tuvo su origen en el trabajo de la Comisión Especial para Pueblos Indígenas, (CEPI), con una activa participación de representantes de diversas etnias, creada en 1990, por el primer gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, para concretar el compromiso que el entonces candidato presidencial, Don Patricio Aylwin había adquirido en el histórico Acuerdo de Nueva Imperial (1989), para conseguir el reconocimiento constitucional y legal de los pueblos indígenas de Chile y de sus derechos.

Dicho compromiso fue formalizado dos años después, con la presentación ante el Congreso Nacional de tres iniciativas legales:

- Proyecto de Ley Indígena
- Proyecto de reforma constitucional para reconocer a los pueblos indígenas
- Proyecto para la ratificación de la Convención N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989.

De estos tres proyectos de ley, sólo el primero de ellos logró su aprobación, aunque con varias modificaciones con respecto al texto original, concretándose en la Ley N° 19.253⁴², que “Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI)”, conocida también como “Ley Indígena”.⁴³

Esta Ley acogió las principales peticiones de los pueblos indígenas:

- i) Reconocimiento legal de la diversidad étnica y cultural en Chile
- ii) Participación de representantes indígenas en la formulación e implementación de la política estatal hacia los indígenas
- iii) Protección legal de las tierras indígenas
- iv) Otorgamiento de tierras fiscales o privadas adquiridas por el Estado con el propósito de reparar el proceso histórico de despojo de tierras que afectó a los pueblos indígenas, y
- v) Apoyo estatal para su desarrollo económico y social

Para lograr estos objetivos se creó un organismo especial, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Su Directorio está integrado por 17 miembros, 8 de los cuales son representantes de las distintas etnias de Chile (de ellas, 4 son mapuches).

Esta misma Ley creó tres importantes instrumentos para ejecutar las políticas públicas hacia los indígenas:

- i) El Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTA)
- ii) El Fondo de Desarrollo Indígena
- iii) Las Áreas de Desarrollo Indígena

Cabe mencionar, además, que para la implementación de la Ley, en materia de tierras indígenas, se han aprobado dos reglamentos:

- el que establece el Fondo de Tierras y Aguas (D.S. N°395, de 24/11/93)
- el que regula el funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas (D.S. N°150, de 30/03/94)

⁴¹ Considerando 20° del fallo citado.

⁴² Publicada en el Diario Oficial de 5 de octubre de 1993

⁴³ Los otros dos proyectos no lograron su aprobación.

PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA LEY N° 19.253 Y ALGUNAS INCONGRUENCIAS CON LOS MARCOS JURÍDICOS VIGENTES

En relación con el tema de este trabajo, las podemos sintetizar en que:

i) Reconoce que para las denominadas etnias indígenas, la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura, estableciendo entre uno de los deberes del Estado y de la sociedad en general, proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación. (art.1°).

En relación con este tema, es efectivo que la Ley asume la protección de las tierras, pero no la de los recursos naturales vinculados a ellas, como el subsuelo, las aguas, las riberas de ríos y lagos y la del borde costero (consecuencia de no incorporar el concepto de “territorio”, como ya lo expusimos en párrafo 1.- y en el 3.- a), b) y c), en que destacamos las contradicciones con las legislaciones de agua, minería, pesca y acuicultura).

A pesar de las obligaciones que el art.1° de la Ley señala al Estado, los últimos dos gobiernos, en forma consistente con su política de atraer inversión externa y de insertar a Chile en los mercados internacionales, no sólo han permitido sino que han incentivado y alentado proyectos de inversión productiva o de infraestructura en territorios ancestrales de pueblos indígenas, en especial de etnia mapuche. (ya señalamos la misma situación derivada de la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, concesiones mineras y de acuicultura, en párrafos 3.-a),b) y c).

En materia de explotación forestal, la gran expansión de la industria forestal en las regiones VIII, IX y X, ha dado margen a conflictivas situaciones cuando estas actividades se han desarrollado en tierras reclamadas o con posesión disputada por mapuches.⁴⁴ Ya calificamos y describimos estos conflictos como “etno ambientales” (párrafo 1.) ya que las prácticas intensivas de explotación del recurso bosque generan un fuerte impacto ambiental, que se traduce en problemas de erosión, degradación y disminución de fuentes de agua, apreciable disminución de fauna y flora locales, con todo lo cual la cultura mapuche se ha relacionado desde muy antiguo. Todo ello ha incidido en el empobrecimiento material y cultural de las comunidades

mapuche y en la migración de sus integrantes hacia los centros urbanos.

También el Estado ha contribuido a tensionar las relaciones con las etnias mapuche y huilliche, con ocasión de proyectos de infraestructura caminera (Ruta 5 Sur con el “by-pass” de Temuco⁴⁵ y Carretera de la Costa, que afecta al lago Budi y áreas de San Juan de la Costa⁴⁶) y etnia pehuenche (a raíz de la construcción de la Central hidroeléctrica de Ralco). Cabe destacar que estos proyectos se han ejecutado no sólo en medio de fuertes oposiciones de comunidades de las etnias afectadas sino que en abierta contradicción con el tenor claro y expreso de la normativa que declara “las tierras a que se refiere (la Ley N° 19.253), por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser.....etc”⁴⁷

ii) Identifica como tierras indígenas:

- las que provienen de toda clase de títulos otorgados por el Estado entre ellos los de los Comisarios, las mercedes, cesiones gratuitas de dominio que otorgaron diversas leyes entre 1927 y 1972, otras formas que se usó para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras

- las que por ocupación y posesión histórica sean inscritas a futuro en el Registro de Tierras (que crea esta Ley) por personas o comunidades pertenecientes a las etnias que esta misma Ley reconoce.⁴⁸

- las que sean declaradas a futuro, por los Tribunales de Justicia, como pertenecientes a comunidades indígenas

- las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito por el Estado

A este respecto, puede sostenerse que los avances en la recuperación de tierras mapuche originadas en títulos de Comisario y de Mercedes, como asimismo, el saneamiento de ellos y la ampliación de tierras han sido muy lentos por los limitados recursos destinados al Fondo de Tierras y Aguas (que trataremos más adelante) y la “carencia de mayor voluntad política de los gobiernos de la transición” (Toledo,).

En efecto, en materia de protección o regularización de tierras, desde la puesta en operación del Registro de Tierras Indígenas en 1995,⁴⁹ hasta fines de 2000, se

⁴⁴ La magnitud de la expansión forestal en territorios mapuche es tal, que se estima que las empresas dedicadas a este rubro, nacionales y extranjeras, poseen aproximadamente 1,5 millones de hás. entre las regiones del Bío-Bío y Los Lagos. Sólo una empresa, Forestal Mininco, poseería 350.000 hás. de tierra destinadas a la forestación con pino insigne, la mayor parte en territorios mapuche, que contrasta con las casi 500.000 hás. de tierras reconocidas a los mapuches por el Estado a través de títulos de “merced”.(Ver : Catalán, Rodrigo y Ramos, Ruperto. “Pueblo mapuche, bosque nativo y plantaciones forestales. Las causas subyacentes de la deforestación del sur de Chile”. Ed. Universidad Católica de Temuco, 1999, págs.52-53)

⁴⁵ Tras una larga y dificultosa negociación entre el Ministerio de OO.PP. y las comunidades mapuches afectadas por el “by-pass”, se logró la modificación de su trazado original para solucionar los problemas que les causaba en sus tierras.

⁴⁶ También el trazado inicial, proyectado casi en el borde costero, afectaba a las comunidades mapuche lafkenche, ribereñas entre el lago Budi y la costa, y a las huilliches de San Juan de la Costa, además de dañar grandes extensiones de bosque nativo, por lo cual el mismo Ministerio decidió suspender las obras y estudiar otro trazado hacia el interior en ambos casos.

⁴⁷ Art. 13, inc.1°, Ley N° 19.253.

⁴⁸ Art.12, N°2, en relación con el Art.1°, inc.2° (etnias reconocidas por el Estado) de Ley N°19.253

⁴⁹ Recordemos que el Reglamento fue aprobado por DS: N°150, de 30 de marzo de 1994

habían inscrito un total de 54.389 hijuelas que representan un total de 294.112 has. en territorio mapuche⁵⁰.

Por otra parte, sumando las acciones de traspaso de tierras fiscales a indígenas, la adquisición de tierras en conflicto, el programa de subsidio de tierras para individuos y comunidades indígenas, los predios adquiridos directamente por CONADI para satisfacer demandas urgentes de tierra por parte de indígenas y el Programa Especial según Convenio con el Ministerio de Bienes Nacionales, sobre regularización y saneamiento de tierras indígenas, se tiene otro total de 170.357 has. que han beneficiado a 8.619 familias indígenas.⁵¹

iii) Otorga protección jurídica a dichas tierras, por una parte, declarándolas exentas del pago de contribuciones de bienes raíces y, por otra, que no podrán ser enajenadas, embargadas ni gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia (art.13°).

Tampoco podrán ser arrendadas, si se trata de tierras de comunidades, y sólo por un plazo no superior a 5 años si son de propiedad individual. Además, sólo podrán permutarse por tierras de no indígenas de similar valor, con autorización de CONADI, las que se considerarán tierras indígenas.

Por último, se autoriza la división de tierras comunitarias provenientes de títulos de Merced cuando lo solicita al Juez competente la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios en ella (art.16°).

Estas normativas nos merecen algunos comentarios, en el sentido que ya hemos planteado en el curso de este trabajo: las contradicciones con los marcos jurídicos generales de nuestro ordenamiento.

Así, en primer lugar, la disposición antes señalada es diametralmente opuesta a las normas básicas del Código Civil chileno, que dispone que “nadie está obligado a permanecer en la indivisión. La partición podrá siempre pedirse, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario”⁵²

En cuanto a la imposibilidad de enajenación de las tierras, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia (art.13°), se planteó últimamente un problema jurídico básico a raíz de la construcción del “by-pass” de Temuco: para disponer de los terrenos necesarios para esta obra vial, el Ministerio de OO.PP. debió recurrir a las antiguas normas que facultan al Estado para expropiar las propiedades ubicadas en el trazado de sus proyectos de nuevas vías, ampliación de existentes u otras modalidades, fundado en la función social de la propiedad, entre las que se cuenta la “utili-

dad pública”, calificada por ley y previo el procedimiento expropiatorio, el pago de una indemnización⁵³.

El problema radicó en que como la Ley Indígena establece que en virtud del “interés nacional” las tierras indígenas no se pueden “enajenar”, el Ministerio de OO.PP. sostuvo que el concepto jurídico de “enajenación” tiene un alcance restringido, aplicándose sólo a la facultad de disponer de la propiedad por un acto jurídico voluntario entre particulares, lo que no se aplicaría a la “expropiación”, cuya naturaleza jurídica se encuentra en la necesaria carga u obligación de todo propietario para aceptar la privación de su propiedad en razón de un interés público superior.⁵⁴ También se esgrimió otro argumento, bastante débil en nuestra opinión, cual fue que la facultad estatal de expropiar está consagrada en la Constitución Política, mientras que la prohibición de enajenar tierras indígenas a quienes no lo sean se trata solamente de una norma de simple rango legal. Este fundamento llevaría al absurdo jurídico de que no se podrían oponer facultades o derechos reconocidos por las leyes en contra de facultades estatales establecidas en la Constitución Política.

En definitiva, este caso se solucionó a través de una fórmula elaborada por el mismo Ministerio, consistente en una “expropiación consentida”, llegándose a un acuerdo sobre el monto de la indemnización, producto de una negociación directa con los afectados y sus dirigentes” según el cual la expropiación (acto forzado y obligatorio) no se objetaba y sólo se buscó un acuerdo en cuanto al monto a pagar por indemnización.⁵⁵

Por último, respecto de la prohibición de gravar estas mismas tierras (art.13°), también se ha dado una fuerte controversia jurídica en cuanto a que si la Ley Indígena se refiere a gravámenes “voluntarios” solamente o si comprende además los gravámenes “obligados” a aceptar en virtud de mandatos legales expresos. El tema se planteó en uno de los recursos de protección interpuestos contra la ejecución del proyecto de construcción de la central hidroeléctrica Ralco⁵⁶, en uno de cuyos fundamentos se esgrimió que ENDESA debiera haber obtenido la previa autorización de la CONADI (como lo prescribe el mismo art.13°) para realizar los trabajos, imponiendo las respectivas servidumbres (gravámenes) que le faculta la Ley Eléctrica (DFL. N°1, de 1982). La empresa sostuvo que tal autorización no le era aplicable ya que en su opinión sólo se exigía en caso de gravámenes voluntarios y no cuando

⁵⁰ CONADI. Fondo de Tierras y Aguas Indígenas. Informe de gestión 1995-2000

⁵¹ CONADI, Ob.cit.

⁵² Art.1317 del Código Civil

⁵³ Art. 19°, N° 24 de la Constitución Política de la República y Ley General de Expropiaciones.

⁵⁴ Similar argumento, entre otros, se aplicó para las servidumbres al fallarse uno de los recursos de protección en el caso Ralco.

⁵⁵ Ministerio de OO.PP. “By-pass de Temuco: proceso, criterios y estrategias para su diseño e implementación” y “Principios y criterios para el diseño de proyectos en territorios indígenas”. Documentos de trabajo internos, s/fecha e inéditos.

⁵⁶ Rol N°1388-2000, expediente “M.Elena Sola, hermanas Quitremán y otros contra Ministro de Economía”

estas cargas eran impuestas o facultadas por ley (acto imperativo del Estado)⁵⁷

Esta alegación, más otros argumentos por parte de ENDESA, fueron acogidos por la Il.tra. Corte de Apelaciones de Santiago, lo que determinó el rechazo del Recurso de Protección, por fallo de 25 de julio de 2000, que no fue apelado por los recurrentes.

Estas dos situaciones y las formas cómo se han obviado (plantear expropiación en donde se califica como enajenación y sostener que existe servidumbre legal en donde pudiera tener lugar gravámen voluntario) nos lleva a prever un difícil escenario para la conservación y protección de las tierras de mapuches, pudiendo verse vulneradas con ocasión de futuros proyectos de inversión públicos o privados (centrales hidroeléctricas, embalses, carreteras, desarrollos forestales, gasoductos, mineroductos, acuiculturas, etc.), en donde quedarán en evidencia lo que hemos descrito como incongruencias o contradicciones entre la Ley Indígena y los marcos regulatorios vigentes aplicables al uso o explotación de diversos recursos naturales del país.

iv) Crea las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI)

Otro de los instrumentos que crea la Ley Indígena consiste en estas áreas definidas como “espacios territoriales en que los organismos de la Administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”⁵⁸

La misma Ley define los criterios que deberán tomarse en consideración para su establecimiento y que dicen relación muy directa con el tema desarrollado en este trabajo:

- espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas
- existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas
- homogeneidad ecológica
- dependencia de recursos naturales para equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna

La constitución de estas áreas debe ser iniciativa de CONADI y contar con la aprobación de MIDEPLAN. El proceso hasta la fecha ha sido lento y sólo se han formalizado tres de ellas: Alto Bío-Bío y Lago Budi, en 1997, y lago Lleu-Lleu, en 2001. Ello, próximo a cumplirse diez años de vigencia de la Ley Indígena, y con la gran falencia de que aún no se generan con diseño, contenidos y gestión participativa efectiva de

los beneficiarios, pese al claro mandato de la Ley que dispone que “los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley”⁵⁹.

Asimismo, y vinculado con la operación de este instrumento, cabe señalar que, no obstante también, el expreso texto de la misma Ley⁶⁰, que dispone que “en la administración de las Áreas Silvestres Protegidas del Estado, ubicadas en las Áreas de Desarrollo Indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes”, así como “regular los derechos de uso que correspondan a las comunidades”, ello no ha sido aplicado conforme a la voluntad del legislador, pese a que 9 de las 93 Áreas Silvestres Protegidas del Estado se encuentran actual o potencialmente dentro de tales territorios indígenas.

Al respecto, puede mencionarse uno de los casos en que se ha generado esta situación, cual es el de las comunidades existentes en el Parque Nacional Villarica, a raíz de reclamaciones que le permitan a asociaciones indígenas lafkenches de las Octava y Novena regiones el uso regulado de sus suelos para talaje y constituir eventuales concesiones pesqueras. Otras situaciones latentes, sin solución, tendrían lugar en Lonquimay, Alto Bío-Bío y Puerto Saavedra (Aylwin, 2000).

OTROS CONFLICTOS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE TIPO OBLIGATORIO.

En la actualidad Chile ha suscrito, ratificado y promulgado como leyes de la República varios instrumentos internacionales que implican para el Gobierno varios compromisos: asegurar la debida correspondencia con normas jurídicas internas (lo que puede llevar a su modificación o derogación), dictar nuevas normativas o ejecutar determinadas acciones. Entre ellos, los más importantes son en relación con el tema de nuestro estudio:

i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Promulgado como ley de la República por DS. N° 778, del Ministerio de RR.EE., publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

El art.27° de este Pacto obliga a los Estados a respetar y proteger el derecho de los pueblos indígenas a llevar

⁵⁷ Informes en Derecho de los abogados Iván Aróstica y Francisco Cumplido, presentados por ENDESA, en apoyo al rechazo del Recurso de Protección (En : González, Paola. “Relaciones entre la Ley N°19.253, la Ley N° 19.300 y el DFL.N°1 : Análisis de un fallo”. Revista de Derecho Ambiental, del Centro de Derecho Ambiental, Fac. de Derecho, U.de Chile, 2003, en prensa LOM Ed.)

⁵⁸ Art.26° de la Ley Indígena

⁵⁹ Art.34° de la Ley Indígena

⁶⁰ Art.35° de la Ley Indígena

su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma

ii) Convención sobre Discriminación Racial

Esta Convención fue promulgada como ley de la República por DS. N° 747, del Ministerio de RR.EE., publicado en el Diario Oficial de 12 de noviembre de 1971

Los arts. 2° y 14° obligan a los Estados a tomar medidas que posibiliten el disfrute de sus derechos y libertades a los diversos grupos raciales; e instituyen un Comité para recibir y examinar casos de personas o grupos víctimas de discriminación por parte de los Estados.

iii) Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América y el Caribe.

Este Convenio tiene un valor especial, ya que es el primer instrumento jurídico ratificado por Chile en que se usa y valida el concepto de “pueblos indígenas”, abriendo así un importante precedente legal para insistir en el reconocimiento constitucional de los mismos.

Respecto de la efectiva aplicación de estos tres Convenios, cabe destacar que ello se facilitaría, si Chile hubiera dado pleno reconocimiento a los indígenas (como “pueblo”) a través de la reforma a la Constitución Política de la República, cuyo proyecto desgraciadamente no logró su aprobación. Del mismo modo, este tema se habría obviado si Chile hubiera ratificado el Convenio N°169 de OIT(del cual trataremos más adelante).

iv) Convención sobre Biodiversidad⁶¹

En el marco de esta Convención, resulta fundamental velar por la adecuada implementación del art.8°, j), que entrega a cada Estado, que “con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”

En suma, deja a cada Estado la responsabilidad de establecer legislaciones que regulen los conocimientos tradicionales indígenas y los derechos de las comunidades sobre su diversidad. Ello es como reconocimiento a que éstas han desarrollado especies vegetales y animales con diversos fines, haciendo de este modo

aportaciones a los recursos genéticos mundiales y contribuyendo al conocimiento de los recursos biológicos.

Por tanto, se considera que sus conocimientos cumplen dos funciones: ofrecen a los científicos una información fundamental para posterior desarrollo de productos en la esfera de la agricultura, la medicina y la industria y desempeñan una función importante en la conservación de materiales genéticos. Queda pendiente, en consecuencia, definir el tipo de protección adecuada a estos fines.

Mientras no se dicte dicha legislación sería conveniente implantar una moratoria de tipo precautorio para la bioprospección, para prevenir la contaminación genética de la biodiversidad nacional causada por la introducción de productos o cultivos transgénicos y solicitar la incorporación de organizaciones mapuches a algunas de las acciones prioritarias definidas a corto plazo para la implementación de la Política Biotecnológica para Chile recientemente formulada.⁶²

Concordante con esta disposición se contiene la del art.17, numeral 2). que dispone que el intercambio de información incluirá, entre otros, “ los conocimientos autóctonos y tradicionales” y también la del art.18, numeral 4). que se refiere a “métodos de cooperación entre las Partes para el desarrollo y utilización de tecnologías, incluidas las tecnologías autóctonas y tradicionales”.

Otro punto de conflicto relacionado con esta materia dice relación con la posibilidad de que estas comunidades puedan acogerse al sistema común de protección de propiedad intelectual (o industrial), reconocido por el Convenio en análisis, dado el indudable valor económico que representan las aplicaciones en diversos ámbitos de la actividad productiva, como ya hemos señalado. Por otra parte, no puede dejar de mencionarse la importancia de proteger o amparar dichos conocimientos o prácticas como forma de mantener y transmitir el patrimonio cultural de un pueblo. Sin embargo, los requisitos de la legislación común para constituir derecho de propiedad intelectual (industrial) resultan incompatibles con las características propias del conocimiento indígena. En efecto, la propiedad de aquellos se reconoce a titulares individuales, que el conocimiento tenga novedad y se persigue una finalidad mercantil o de libre comercialización, para utilidad privada de su patentador, lo que no se compatibiliza con la naturaleza y valores del mundo indígena sobre sus conocimientos o prácticas que son generalmente colectivos e intergeneracionales, no tienen mayor novedad ya que, por definición, son parte del conocimiento colectivo o popular y contrariamente a una finalidad mercantil privada, una de sus características

⁶¹ Suscrita en Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992, promulgada como Ley de la República, por Decreto Supremo N° 1963, del Ministerio de RR.EE., publicado en el Diario Oficial de 6 de mayo de 1995.

⁶² Comisión Nacional para el Desarrollo de la Biotecnología. Informe al Presidente de la República. Junio, 2003, págs. 105 a 143.(www.biotecnologia.fia.gob.cl/comision/documentos/informefinal)

es la libre circulación e intercambio entre diversas comunidades.

Como ya lo señalamos, en esta materia se plantea uno de los desafíos para resolver otra de las incongruencias entre el sistema legal común y el ordenamiento indígena, para implementar efectivamente la Convención en análisis. Para ello existirían dos alternativas: una, consistiría en modificar sustancialmente el régimen común de patentación intelectual o industrial, creando un nuevo sistema (“*sui generis*”) que se conforme con las características y modalidades propias del conocimiento y prácticas indígenas. Otra alternativa podría aprovechar el actual marco normativo introduciendo algunas modificaciones o excepciones al sistema vigente para adaptarlo a las características de aquellos.

v) Convención de Washington⁶³

Cabe recordar que entre los considerandos o fundamentos de esta Convención se señala que “los gobiernos americanos desearios de proteger y conservar en su medio ambiente natural, ejemplares de todas las especies y géneros de su flora y fauna indígenas”, y que los mismos gobiernos manifiestan su “deseo de proteger y conservar los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético o valor histórico o científico y los lugares donde existen condiciones primitivas.” Definiendo a continuación cuatro tipos de áreas de protección, que en cierta medida han sido recogidas por la legislación nacional: los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales y las reservas de regiones vírgenes.⁶⁴

Ya señalamos anteriormente que, no obstante que la Ley Indígena dispone que en la administración de las Áreas Silvestres Protegidas del Estado, ubicadas en Áreas de Desarrollo Indígena se considerará la participación de las comunidades ahí existentes, así como regular el derecho de uso que corresponda a estas, ello no ha sido plenamente cumplido pese a que 9 de las 93 Áreas Silvestres Protegidas del Estado se encuentran actual o potencialmente dentro de territorios indígenas.

También nos referimos a la situación que se genera al posibilitar la intromisión de actividad minera en algunas de estas áreas, contando con los permisos correspondientes⁶⁵.

Todo ello, unido a la clara infracción que se ha venido practicando al operar por simple Decreto para alterar

la condición de parque o reserva respecto de un área determinada, pese a que la Convención de Washington requiere “acción de la autoridad legislativa competente”⁶⁶, es decir, ley común.⁶⁷, es demostrativo de la precariedad en que se encuentran estas zonas “protegidas” en muchos casos en terrenos reclamados por comunidades indígenas o compartidos con ellas.⁶⁸

vi) Convención de Ramsar .⁶⁹

La efectiva aplicación de esta Convención presentaría diversas oportunidades de protección “in situ” de territorios indígenas, así como de los recursos naturales y la biodiversidad que ellos albergan. Debiera propiciarse que los territorios mapuches entren bajo su dominio y un caso pionero podría ser, por ejemplo la zona del lago Budi para ser incluido en una zona de humedal de importancia internacional.

Chile posee una rica y extensa superficie de su territorio, alrededor de un 13.8%, que posee las condiciones y reúne los requisitos para ser considerados humedales, en conformidad a esta Convención⁷⁰. Más específicamente, se han identificado cerca de 1.100 posibles sitios que podrían ser incorporados al Listado de la misma Convención, a solicitud del Gobierno, señalándose, al mismo tiempo, que el 51% de la superficie de las Áreas Silvestres Protegidas del Estado estaría cubierta por distintos tipos de humedales.⁷¹

Sin embargo, ya hemos señalado anteriormente, las limitantes y falencias que se presentan para compatibilizar el manejo de un área protegida con la participación de comunidades indígenas que comparten su territorio.

MANIFESTACIONES NO OBLIGATORIAS.

En esta parte nos referiremos únicamente al Programa XXI, más conocido como “Agenda 21”, documento meramente programático (es decir sólo indicativo, sin mayor valor obligatorio, conforma una de las expresiones del llamado “soft law” o derecho blando en el

⁶³ Esta Convención, cuyo título oficial es “Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América”, fue suscrita en Washington, el 12 de octubre de 1940, y promulgada como Ley de la República por DS. del Ministerio de RR.EE. N° 531, publicado en el Diario Oficial de 4 de octubre de 1967.

⁶⁴ Art.I, N°s 1, 2, 3 y 4, de la Convención de Washington, en relación con la Ley N° 18.362, publicada en Diario Oficial de 27 de diciembre de 1984, que crea el Sistema Nacional de Areas Silvestres Protegidas del Estado y la Ley N° 17.288, publicada en Diario Oficial de 4 de febrero de 1970, sobre Monumentos Nacionales.

⁶⁵ Art. 17 del Código de Minería

⁶⁶ Art. III, de la Convención de Washington

⁶⁷ Una situación de esta naturaleza se produjo hace algunos años en el Parque Nacional Lauca, en donde se autorizó la exploración y explotación del mineral de oro “Choquelimpie”, de la empresa Shell (minera). Otros casos se han dado en el Parque Nacional “Queulat” y en la ribera sur del Lago General Carrera, con el mineral “Fachinal” (ambos en la XI Región)

⁶⁸ A este respecto puede señalarse el caso, aunque no referido al pueblo mapuche, de lo ocurrido en el Parque Nacional Lauca, gravemente amenazado por los proyectos que comprende el denominado Plan Arica, ya que de su superficie alrededor de un 80% es de propiedad de 70 familias aymaras y sólo un 20% es de propiedad fiscal. (Información aparecida en el Boletín “Acción Ecológica”, de la Red RENACE, N°11, nov.98-enero 99, pág.4)

⁶⁹ Esta Convención, cuyo título es “Convención relativa a las zonas húmedas de importancia internacional especialmente como habitat de las aves acuáticas”, fue suscrita en Ramsar (Irán) el 2 de febrero de 1971, promulgada como Ley de la República por DS N° 771, del Ministerio de RR.EE, publicado en el Diario Oficial de 11 de noviembre de 1981.

⁷⁰ CONAF/CONAMA/BIRF/U.Austral. “Catastro y evaluación del recurso vegetal nativo de Chile”. Valdivia, Ed.U.Austral, 1997.

⁷¹ Schlatter, Roberto y Espinoza, Gabriel. “Inventario de Humedales de la Región Neo-tropical”.

ámbito internacional) aprobado en el transcurso de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre “Medio Ambiente y Desarrollo” (Cumbre de la Tierra), celebrada en Río de Janeiro, entre el 3 y el 14 de junio de 1992.

En el marco de esta Conferencia se suscribieron dos importantes Convenios Internacionales: sobre Cambio Climático y sobre Biodiversidad. (Sobre este último ya hemos hecho referencia anteriormente). Además, se suscribieron tres Declaraciones: la de Río, (sobre Medio Ambiente y el Desarrollo), Principios para la ordenación sostenible de los bosques y el Programa 21 (Agenda XXI).

Esta última se trata de un Programa de Acción amplio, para su aplicación durante el presente siglo, que involucra a gobiernos, organismos de Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales, entidades académicas y centros de estudio, para compatibilizar las actividades humanas con la conservación ambiental.

Su texto está dividido en 40 Capítulos, entre los cuales el número 26 se refiere al tema de los Pueblos Indígenas. Se reconoce que tienen una relación histórica con sus tierras y un conocimiento científico tradicional holístico de recursos naturales y el medio ambiente. Se insta a fortalecer su participación en las decisiones sobre el desarrollo sostenible a nivel nacional e internacional.

El proceso para dar poder a estas comunidades deberá reconocer sus valores, conocimientos tradicionales y prácticas de gestión de los recursos naturales y su dependencia respecto de los recursos renovables y los ecosistemas. Sus tierras deberán protegerse de actividades nocivas para el medio ambiente y de las actividades que los pueblos indígenas consideren inapropiadas desde el punto de vista social y cultural. Algunas comunidades tal vez requieran mayor control sobre sus tierras y una autonomía de sus recursos, planteándose incluso la participación en la administración de áreas protegidas.⁷²

ACUERDOS INTERNACIONALES NO RATIFICADOS POR CHILE.

Nos referiremos al Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado en 1989, que a la fecha ha sido ratificado por 13 gobiernos, 11 de ellos de América Latina⁷³. En 1991 el

⁷² Coordinación Nacional Agenda 21 (CONAMA/PNUD). “Agenda 21 y Desarrollo Sostenible en Chile”. Santiago, Chile, 1993.

Las implicancias, problemas y falencias que se han presentado a nivel de países para la puesta en operación de estas recomendaciones de la Agenda XXI, fueron analizadas y debatidas críticamente en la última Cumbre Ambiental, la Conferencia “Río + 10”, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica), en septiembre de 2002.

⁷³ Los estados latinoamericanos que lo han ratificado son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú.

Gobierno de Chile lo sometió a la consideración del Poder Legislativo, donde aún no logra su aprobación, siendo su principal tema de confrontación que el Convenio emplea el concepto “pueblos” indígenas, que se ha considerado por ciertos sectores políticos como lesivo para la homogeneidad nacional la integración social y la seguridad nacional.

Este Convenio es el más importante para los derechos indígenas, ya que comprende aspectos culturales, laborales, de participación, consentimiento, y en relación con nuestro tema de análisis, trata también sobre tierras y territorios.

Su falta de aprobación por el Congreso y su promulgación por el Poder Ejecutivo, son un escollo que entorpece y debilita la posibilidad del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile, iniciativa que como señalamos anteriormente, también fue rechazada en su oportunidad.

Sus implicancias en la Región han sido múltiples. Ha contribuido a los procesos de reconocimiento legal y constitucional de los derechos de estos pueblos en varios países; ha servido de base para el logro de acuerdos entre pueblos indígenas y sus estados; y sus normas han fundamentado decisiones de los Tribunales de Justicia en países como Costa Rica, Colombia, Guatemala, entre otros.

Del análisis de este Convenio pueden sintetizarse como lo más importante en relación con tierras y territorios, los siguientes derechos:

- A participar en la utilización, administración y conservación de tales recursos.
- La consulta previa para proceder a las actividades de prospección o explotación de recursos minerales.
- A la participación en los beneficios que reporten tales actividades
- A la indemnización por los daños que éstas provoquen
- A no ser trasladados de las tierras que ocupan, salvo que ello sea considerado necesario y siempre que otorguen su consentimiento, en forma libre y con pleno conocimiento de causa

CONCLUSIONES.

Podemos llegar a establecer dos tipos de conclusiones: las de tipo general y las de orden particular o específicas:

CONCLUSIONES GENERALES

i) De acuerdo con un antiguo aserto jurídico “los problemas de una sociedad no se solucionan con las leyes, sino que por medio de las leyes”. Ello nos está señalando que las normas jurídicas son uno de los instrumentos establecidos para organizar la vida de relación

entre los miembros de una sociedad, pero no se bastan por sí solas. Requieren un conjunto de otras manifestaciones de voluntad, de autoridad y de particulares, individuales y colectivas, marcos institucionales, políticas de gobierno, organizaciones civiles, todos ellos tras el Bien Común de la sociedad.

ii) Por ello, aún cuando tenemos una “dilatada tradición legalista” la sola formulación de nuevos ordenamientos jurídicos o la reforma de los vigentes, no se demostrarán suficientes para la real solución de los problemas con la etnia mapuche. Ni siquiera con el solo reconocimiento constitucional (aunque representa un paso importante) del carácter pluriétnico o multicultural de la población chilena⁷⁴

iii) Considerando los múltiples aspectos en los cuales se advierten los conflictos de orden jurídico entre el sistema u ordenamiento legal vigente y las particularidades del mundo mapuche, según ha quedado planteado en este trabajo, y agravado con las situaciones de fuerza generadas en este último tiempo, en particular en la IX región, estimamos necesario y con urgencia, avanzar en la generación de acuerdos, que reconociendo las implicancias que tiene la presencia de pueblos indígenas en Chile, se definan las bases de una futura convivencia interétnica y el tipo y alcances de los derechos políticos, territoriales y culturales que les corresponden a estos pueblos.⁷⁵ Por ello, resulta indispensable las correspondientes transformaciones o reformas, dentro de marcos jurídicos innovadores que posibiliten la aplicación de aquellas.

iv) Al respecto, estimamos también que los resultados a que llegue la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, y las propuestas que formule, en la medida que recoja las aspiraciones básicas de la etnia mapuche, en especial las referentes al reconocimiento de pueblo y la conceptualización de territorio, sean el camino ordenador para una nueva etapa de conciliación entre los pueblos indígenas, el Estado y la sociedad chilena.

v) Tampoco puede desconocerse el gran valor moral y de alta ascendencia que significó el documento “Al servicio de un nuevo trato con el pueblo mapuche”, elaborado por la Comisión Nacional de la Pastoral Indígena, de la Conferencia Episcopal de Chile, que en una de sus partes principales sostiene que: “insistimos en que el común empeño por la construcción de la justicia social en nuestra Región sureña, implica la voluntad de reparar el daño histórico que se infligió a los pueblos originarios y cuyos efectos están vigentes”. Y, en una de sus partes finales expresa que: “la desprotección de los derechos indígenas sobre sus

recursos naturales, tierra, agua y subsuelo, está haciendo crisis frente a un modelo económico basado en la competitividad y la explotación por parte del más fuerte...la Ley Indígena se ha mostrado insuficiente para proteger efectivamente a las comunidades indígenas y sus territorios”.

CONCLUSIONES PARTICULARES:

i) Debiera promoverse a corto plazo la constitución de un grupo de trabajo (si la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato no lo contempla) abocado a re-estudiar el proyecto de reforma constitucional destinado al reconocimiento de los pueblos indígenas e insistir en su presentación, con el patrocinio del Gobierno, y a partir de ella, analizar y redactar los textos modificatorios de la actual Ley Indígena, en especial, en el reconocimiento de sus territorios, lo que determinaría un cambio sustancial en favor de la real protección y control de sus recursos naturales, del suelo y subsuelo, el conocimiento anticipado, completo y oportuno para obtener el consentimiento para la ejecución de proyectos externos que impliquen transformación y/o explotación de aquellos.

ii) En íntima vinculación con este tema, debiera también activarse la aprobación por el Congreso Nacional del Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyas disposiciones versan fundamentalmente sobre la conceptualización y reconocimiento de los “pueblos” indígenas, reconociéndoles un conjunto de derechos, entre ellos, los referidos a sus territorios.

iii) Según lo expuesto a través de este trabajo, queda en evidencia la situación desmedrada o debilitada de los indígenas frente a los cuerpos legales vigentes de aplicación general, al momento de enfrentar temas relacionados con utilización de recursos agua, minería, pesca, acuicultura o la ejecución de obras tales como centrales hidroeléctricas, embalses para riego, oleoductos, mineroductos o gasoductos, autopistas o carreteras. A la hora de intervenir en las etapas o procedimientos que señalan las respectivas normas jurídicas, los indígenas se encuentran con marcos legales absolutamente insuficientes o con carencias sustanciales en cuanto dice relación con instancias de participación, sistemas de notificación, posibilidad de presentar recursos judiciales, criterios para indemnizar el valor de sus tierras, que son claramente disociados con la cultura, valores y sistemas de vida de las etnias.

iv) Por otra parte, y muy relacionado con lo anterior, es de prever futuros problemas de aplicación de la Ley Indígena ya que como norma con valor de simple ley, carece de toda pre-eminencia sobre otros cuerpos legales, lo que ha quedado suficientemente consagrado en el fallo sobre el caso Ralco (ya individualizado en este trabajo), recogiendo lo sostenido en apoyo de la tesis de ENDESA, por los informes en Derecho pre-

⁷⁴ Este es uno de los reconocimientos de hecho que ha planteado el Relator Especial de Naciones Unidas para Problemas Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, durante su estada en Santiago, para intervenir en el Encuentro de Americanistas (entrevista en El Mercurio, de 13 de julio, 2003, Cuerpo E, pág.6)

⁷⁵ Constituye uno de los “llamados urgentes”, en concepto de Rodolfo Stavenhagen (misma entrevista citada).

sentados, los que en síntesis sostuvieron que una ley especial no prima sobre una de orden general, que una ley posterior no modifica ni se impone a otra anterior y que una ley que se dicta para proteger o tutelar a un grupo de personas minoritarias o en condiciones de desigualdad frente a la generalidad de los habitantes del país, no prima ni se aplica preferentemente sobre el ordenamiento común, criterios que generalmente reconocían la mayoría de los autores y cierta jurisprudencia de nuestros tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, C. 2003. "Mapu: la Tierra" (En: Revista del Colegio de Abogados. Santiago, abril, pp.6-9)
- ALESSANDRI, A.1974. "Curso de Derecho Civil". Edit. Jurídica, pág. 719
- AYLWIN, J Y M CORREA.1995 "Tierras indígenas de Malleco: Antecedentes histórico-legislativos y Estudio de comunidades". En: Universidad de La Frontera-Instituto de Estudios Indígenas, Ed. Temuco.
- AYLWIN, J. 2000. "Materializaciones y conflictos: aplicación de la Ley Indígena en el territorio mapuche". Ed. Instituto de Estudios Indígenas. Temuco. pág. 35.
- AYLWIN, J. 2002 "Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una perspectiva histórico-jurídica", Proyecto Mapu Territorialidad, U.de La Frontera,marzo);
- BENGOA, J. 2000 "Historia del pueblo mapuche", Ed.LOM, 5ª edic.,cit. pág.136
- BENGOA, J. 2002. "Historia de un conflicto. El Estado y los mapuches en el s.XX". Ed.Planeta,Stgo.
- DAES, A. ERICA – IRENE. 2000. Informe Final como Relatora Especial de NN.UU. "Los derechos humanos de las poblaciones indígenas: las poblaciones indígenas y su relación con la Tierra". E/CN.4/Sub.2/2000/25, 30 de junio de 2000, pág. 37.
- LILLO, R. 2002. "Conflictos ambientales en territorios indígenas". (En: Revista CREA, N°3, 2002, Escuela de Derecho, U. Católica de Temuco, pág.16)
- NAGUIL, VÍCTOR.1999. "Conflictos en el territorio mapuche. Intereses, derechos y soluciones políticas en juego". En: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen. "Revista Liwen N°5 ",Temuco. pp.11-42.
- MITRA, S. 1990. "Politics of Positive Discrimination." A Cross National Perspective", Sangam Books, London, págs. 1-8.
- ORMEÑO M., HUGO J Y OSSES D. 1972. "Nueva legislación sobre indígenas en Chile" (En: Cuadernos de la Realidad Nacional, N°14, 15-45, Universidad Católica de Chile, Santiago, pág.19)
- QUIDEL, JOSÉ Y JINEO, FERNANDO. 1999 "Las raíces para nuestro cultivo" (En: Caro, A.; Durán,T y Teraucan,J. ed. "Estilos de desarrollo en América Latina".U.Católica de Temuco y U. de La Frontera, Temuco, Chile. Pág.148)
- TOLEDO LLANCAQUEO, V. "Pueblo mapuche y sustentabilidad democrática". (En: Programa Chile Sustentable:" Por un Chile Sustentable: propuesta ciudadana para el cambio". LOM. Ed., Santiago, pág. 372).
- SCOONES, I. 1998. "Sustainable Rural Livelihoods", del Institute for Development Studies (IDS). Brighton. pág. 67.
- SILVA CIMMA, E. 1995. "Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, Contratos y Bienes". Edit. Jurídica, pág. 299.
- VERGARA BLANCO, A.1998. "Constitución de servidumbres". (En: Revista Chilena de Derecho, T.25, N°2, págs. 335-336).