

TIERRAS: UN ESCRUTINIO AL 'NÚCLEO INVIOLABLE' DE LA IDENTIDAD INDÍGENA

LAND: A SCRUTINY TO THE 'INVIOLABLE CORE' OF INDIGENOUS IDENTITY

*Sebastián Donoso Rodríguez**

Resumen

Este trabajo analiza la forma en que se encuentran tratadas las tierras indígenas en la legislación chilena y el rol crítico que tienen aquéllas en el edificio regulatorio del derecho estatal hacia los pueblos indígenas. Se somete a escrutinio el paradigma según el cual la tierra es el fundamento principal de la identidad indígena y se analizan las implicancias tanto jurídicas como de política pública de los deberes de protección y ampliación de las tierras indígenas que son consecuencia de dicho paradigma. Se postula que, si bien la tierra tiene efectivamente un rol fundamental en la identidad indígena, deben examinarse cuidadosamente las regulaciones y políticas que se centran casi exclusivamente en la tierra, en desmedro de otros elementos clave para la preservación de dicha identidad, como la lengua.

Palabras clave: *tierra*, propiedad, pueblos indígenas, discriminación positiva, reasentamiento, deuda histórica, política indígena.

Abstract

This work analyzes the way in which indigenous lands are treated in legislation and its critical role in the state's regulatory scheme towards indigenous peoples. The article scrutinizes the paradigm according to

* Master of Science in Social Policy and Planning in Developing Countries, The London School of Economics and Political Science. Profesor de Legislación Indígena y Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 15 de febrero de 2014 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2014. Correo electrónico: sdonoso@bye.cl. El autor agradece los aportes de Francisca Vergara Díaz.

which land constitute the main pillar of indigenous identity, as well as the regulatory and policy implications of the state's duties of protection and restitution of indigenous lands that result from said paradigm. The article argues that even though land does have a fundamental role in indigenous identity, regulations and policies that focus almost exclusively on land must be carefully examined, as there are other elements critical to the preservation of indigenous identities, such as language.

Key words: *land*, property, indigenous peoples, positive discrimination, resettlement, historical debt, indigenous policy.

1. Introducción

Aunque el derecho-deber de consulta indígena establecido por el Convenio 169 de la OIT¹ ('Convenio 169' o 'Convenio') ha acaparado la atención pública en los últimos años, las tierras indígenas son y han sido siempre uno de los aspectos centrales del marco legal e institucional aplicable a los pueblos indígenas. De hecho, a través de todo el siglo XIX y de buena parte del siglo XX, los cuerpos normativos que se dictaron en Chile en relación con los pueblos indígenas regulaban casi exclusivamente el estatus de sus tierras y la celebración de actos y contratos a su respecto. Por otra parte, en las cosmovisiones de los pueblos indígenas la tierra tiene un rol central que se ve reflejado en el concepto de 'madre tierra' –*ñuke mapu* en el mundo mapuche y *pachamama* en el mundo aimara. Así, por ejemplo, es de público conocimiento que la palabra 'mapuche' con que hoy se denomina al pueblo indígena mayoritario de Chile se traduce comúnmente como 'gente de la tierra', aunque existen interpretaciones de su prefijo 'mapu' que no se agotan en una concepción restringida de la palabra 'tierras'. Asimismo, es habitual encontrar alusiones a la tierra en comunicados de prensa, manifestaciones públicas, letreros en sectores rurales, expresiones de oposición o rechazo a determinados proyectos o iniciativas, etcétera.

Tal vez por eso a muchos no les extraña que el artículo 1° de la Ley N°19.253 ('Ley Indígena' o 'Ley N°19.253'), al definir en términos generales quiénes son indígenas, haya establecido categóricamente que la tierra es el 'fundamento principal de su existencia y cultura'.

Esta declaración de la Ley Indígena es suficiente para justificar un análisis no sólo sobre el rol de la tierra en la arquitectura del edificio ju-

¹ El Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, fue adoptado en 1989 y se encuentra vigente en Chile desde septiembre de 2009.

rídico construido por el derecho estatal hacia los pueblos indígenas, sino, también, sobre sus consecuencias de política pública. Para complejizar las cosas, esta reflexión se enmarca en un escenario de grave deterioro de la convivencia en la zona sur del país, deterioro del que se acusa, al menos parcialmente, a las regulaciones legales en materias de tierras y, como consecuencia, a las políticas de tierras que las implementan. Así, pues, está latente la pregunta sobre la influencia que ha tenido la Ley Indígena en la construcción del discurso identitario de los pueblos indígenas y, lo que es más sensible dada la actual coyuntura, en la articulación de las demandas y reivindicaciones de tierras.

El Convenio 169 viene a complejizar este escenario con disposiciones que complementan a la Ley Indígena y amplían el concepto de tierras en cuanto objeto de protección legal, reafirmando su 'importancia especial' para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas.

Como se puede apreciar, esta declaración de la tierra como fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos indígenas –'importancia especial' en el Convenio 169– es probablemente una de las definiciones fundamentales de la legislación, pues viene a situar a la tierra como el pivote central de la identidad indígena. Como se verá más adelante, esta declaración tiene un impacto determinante en la Ley Indígena, pues muchas de sus disposiciones –y en particular el estatuto de las tierras indígenas contenido en los artículos 12 y siguientes– se desprenden y justifican precisamente en ella.

La primera y más importante consecuencia de esta declaración se encuentra en el mismo artículo 1° de la Ley Indígena, cuyo inciso tercero prescribe:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular (...) proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

Las consecuencias de esta normativa no pueden ser más importantes. Dado que se basa en la presunción según la cual las tierras son el fundamento principal de la existencia y cultura de los indígenas, no puede extrañar que a continuación se establezca una serie de deberes para la sociedad en general y el Estado en particular:

- a) Proteger las tierras indígenas;
- b) Velar por su adecuada explotación;
- c) Velar por su equilibrio ecológico; y
- d) Propender a su ampliación.

Como se explicará luego con más detalle, del deber de proteger las tierras indígenas surge el estatuto de limitaciones al dominio establecido en los artículos 13 y siguientes de la Ley Indígena. Por su parte, del deber de velar por su ‘adecuada explotación’ y por su ‘equilibrio ecológico’ surge la necesidad de incorporar las tierras indígenas como objeto de protección de la legislación ambiental. Por último, en el deber de ‘propender a su ampliación’ se justifican y fundamentan las disposiciones de la Ley Indígena que establecen diversos mecanismos para la entrega y regularización de tierras a indígenas.

El objetivo de este trabajo es, en consecuencia, entregar una visión integrada acerca del rol de la tierra en la legislación indígena. Para esto se somete a escrutinio el paradigma según el cual la tierra es el fundamento principal de la identidad indígena y se examinan las implicancias tanto jurídicas como de política pública de los deberes de protección y ampliación de las tierras indígenas que son consecuencia de dicho paradigma. Para lograr dicho objetivo se tienen a la vista las disposiciones de la Ley Indígena y del Convenio 169, se revisan sus principales coincidencias y diferencias, y se analizan algunos de los desafíos que aquéllas plantean.

2. Pueblos indígenas y ‘relación especial’ con la tierra

Ya se ha anticipado que tanto la Ley Indígena como el Convenio 169 asignan a las tierras un rol fundamental. Este rol es reiterado –con matices relevantes– por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (‘Declaración de Naciones Unidas’ o ‘Declaración’). A continuación revisaremos cada uno de estos instrumentos.

2.1 LEY INDÍGENA:

LAS TIERRAS COMO ‘FUNDAMENTO PRINCIPAL’.

El artículo 1° de la Ley Indígena, que establece los ‘principios generales’ de dicha ley, señala categóricamente que la tierra es el ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los indígenas:

“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias *siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura*”.

No es posible pasar por alto la entidad de esta declaración. Aunque mirada con perspectiva parece una declaración casi obvia, es indiscutible que el legislador se atrevió a escribir con fuego una máxima que –más allá de la discusión que pueda generarse respecto a su sustento antropológico– constituye tal vez la piedra angular de la Ley Indígena al situar a la tierra como el pivote central de la identidad indígena.

La consecuencia más relevante de esta declaración se encuentra en los deberes que, poco más adelante, la misma norma les impone a la sociedad y al Estado:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular (...) proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

Se establecen así cuatro deberes, que pueden resumirse en tres, para la sociedad en general y el Estado en particular:

- a) Proteger las tierras indígenas, deber que se tradujo en un severo estatuto de limitaciones al dominio establecido fundamentalmente en el artículo 13 de la Ley Indígena;
- b) Velar por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico, del que surgió la necesidad de incorporar las tierras indígenas –entre otros bienes en el sentido más amplio de la palabra– como objeto de protección de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y
- c) Propender a su ‘ampliación’, deber en que se justifican legalmente los diversos mecanismos que establece la Ley Indígena para la entrega y regularización de tierras a indígenas, y muy particularmente la denominada ‘compra directa’ de ‘predios en conflicto’.

Pero la importancia de la tierra en la Ley Indígena no se refleja sólo en los deberes recién mencionados. La tierra también tiene un rol clave en la definición de la calidad de indígena (artículo 2), en los requisitos para constituir una comunidad indígena (artículo 9), en las disposiciones sobre división y sucesión de las tierras indígenas (artículos 16 y 17), en los objetivos del Fondo de Desarrollo Indígena (artículo 23), en los elementos que deben concurrir para la creación de las Áreas de Desarrollo Indígena (artículo 26), en las funciones de la CONADI (artículo 39), y en los procedimientos judiciales relacionados con ella (artículo 55 y siguientes), por mencionar las disposiciones más relevantes. Como se ve, la preeminencia de la tierra trasunta a todo el edificio regulatorio de la Ley Indígena.

2.2 CONVENIO 169: 'IMPORTANCIA ESPECIAL'

Corresponde ahora revisar la forma en que el Convenio 169 trata la cuestión de las tierras. En este punto no puede perderse de vista que la adopción del Convenio 169 ocurre en 1989, cuatro años antes de la dictación de la Ley Indígena, lo que permitió que el primero pudiera influenciar a la segunda.

El Convenio 169 dedica todo un capítulo –la parte II ‘Tierras’– al tratamiento de las tierras. El artículo 13 abre el capítulo con una declaración fundamental:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

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

Lo primero que salta a la vista es la obligación que impone a los gobiernos de respetar las “importancia especial” que reviste para las culturas y valores de los pueblos indígenas su relación con las tierras. Esta ‘importancia especial’ es equiparable a la calificación que la Ley Indígena hace de la tierra como ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los pueblos indígenas. En esto, la Ley Indígena parece inspirarse en el Convenio 169, aunque no puede desconocerse que en nuestra legislación histórica la regulación de las tierras ocupa un lugar preeminente.

Es claro, entonces, que al consagrar el concepto de ‘importancia especial’ el Convenio 169 asigna a la tierra un rol preponderante en el sistema de valores de los pueblos indígenas. La Ley Indígena y su declaración sobre el ‘fundamento principal’ son consistentes con lo anterior. Resta por analizar las implicancias de una y otra declaración.

2.3 LAS TIERRAS INDÍGENAS EN LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS: 'RELACIÓN ESPIRITUAL'

En el sistema de Naciones Unidas las tierras también figuran con un rol relevante. José R. Martínez Cobo, en su ya clásico estudio sobre el pro-

blema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, lo expresa de esta forma:

“Es esencial que se conozca y comprenda *la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales* y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción... la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente” (el destacado es del autor)².

Es interesante observar que tanto la Ley Indígena como el Convenio 169 parecen hundir sus raíces en el estudio de José R. Martínez Cobo. En efecto, el Convenio 169 habla de la ‘importancia especial’ de las tierras para los valores espirituales de los pueblos indígenas, lo que no dista mucho de la afirmación de José R. Martínez Cobo respecto a la ‘relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras’. Por su parte, la Ley Indígena establece que la tierra es el ‘fundamento principal de la existencia y cultura’ de los pueblos indígenas, lo que es sustancialmente coincidente con la afirmación según la cual la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras es ‘algo básico en su existencia como tales’.

La Declaración de Naciones Unidas del año 2007, por su parte, se refiere a las tierras en su artículo 25:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

La Declaración, se asume, refleja la evolución del debate internacional sobre los ‘derechos indígenas’ en el período que va entre 1989 y 2007, por lo que efectivamente existen importantes diferencias cualitativas con el Convenio 169. Evidencia de ello son el llamado derecho a la libre determinación y el estándar más alto de participación (‘consentimiento previo, libre e informado’) que consagra la Declaración. Sin embargo, al tratar las tierras la Declaración parece ser menos categórica y asertiva respecto a su rol que el Convenio 169 y aun que la propia Ley Indígena,

² José R. MARTÍNEZ COBO, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, p. 27.

pues se limita a afirmar el derecho de los pueblos indígenas a ‘mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras’, sin agregar un juicio explícito sobre la importancia relativa de esa relación en el sistema de valores de los pueblos indígenas.

2.4 ROL DE LA TIERRA EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA

Como se puede apreciar, tanto la Ley Indígena como el Convenio 169 y la Declaración parecen reafirmar la opinión generalizada según la cual las culturas indígenas –en definitiva sus identidades– están estrechamente vinculadas con la tierra. En este punto parece conveniente someter dicho ‘consenso’ a un breve examen histórico que permita apreciar si la centralidad de la tierra fue también un elemento constante en los cuerpos legales que la han regulado desde los albores de la independencia, y en caso afirmativo si lo fue por las mismas razones esgrimidas por la Ley Indígena y el Convenio 169 u otras.

En un primer acercamiento, la legislación histórica confirma el mencionado consenso en la medida que su principal objeto de atención son las tierras o ‘terrenos de indígenas’. Así ocurre en todos los cuerpos legales relevantes desde 1823 en adelante. Sin embargo, el que la tierra haya sido el principal objeto de atención de la legislación no conlleva necesariamente implícita la afirmación de una relación especial de los pueblos indígenas con las tierras. Una explicación alternativa es que la centralidad de la tierra obedecía a criterios eminentemente pragmáticos relacionados con la necesidad de

- i) regular los actos jurídicos respecto a las tierras o terrenos de indígenas en un escenario de despliegue de la soberanía estatal,
- ii) proteger a los indígenas de abusos, y
- iii) otorgar certeza jurídica a los actos relativos a tierras indígenas, sobre todo a los adquirentes no indígenas.

El Decreto N° 109 de 14 de marzo de 1853 parece confirmar lo anterior en su preámbulo:

“Considerando: 1.° Que las ventas de terrenos de indígenas sin intervención de una autoridad superior que proteja a los vendedores contra los abusos que pudieran cometerse para adquirir sus terrenos, i que dé a los compradores garantías contra los pretestos (sic) u objeciones de falta de pago o falta de consentimiento que a veces sin fundamento se alegan por los indígenas, son origen (sic) de pleitos y reclamaciones que producen la inseguridad e insubsistencia de las propiedades raíces en esos territorios: -2.° Que es esencial, para que la autoridad que gobierna a los indígenas se conserve en posición independiente i sin intereses que le embaracen

el desempeño de sus deberes, que no entre con ellos en ninguna especie de negocios o contratos (...)".

Todos los cuerpos legales relevantes dictados desde 1823 hasta la Ley Indígena de 1993 regulan los actos relativos a tierras indígenas con una lógica similar, lo que confirma los objetivos pragmáticos –no ideológicos– de dichas regulaciones, a diferencia de lo que ocurre con la Ley N° 19.253 y con el Convenio 169.

3. *Pueblos indígenas, tierras e identidad: ¿de relación especial a núcleo inviolable?*

Sea como '*fundamento principal*' o por referencia a su '*importancia especial*' para la existencia y cultura de los pueblos indígenas, sin duda la tierra se erige como el eje central de nuestra legislación y por tanto ha tenido profundas repercusiones no sólo en el edificio regulatorio y de política pública, sino, también, desde un punto de vista sociológico.

Surgen de inmediato dos preguntas cuya respuesta es fundamental para el objeto de este trabajo:

- i) cuál es el alcance de la palabra 'tierras' en el contexto de la legislación indígena, y
- ii) qué rol cumplen las tierras en la identidad indígena. A continuación se examinarán ambas.

3.1 *ALCANCE DE LA PALABRA 'TIERRAS'* *EN EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN INDÍGENA*

La palabra 'tierra' tiene al menos diez significados de acuerdo al *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. De ellos, sólo cuatro son estrictamente aplicables a este trabajo y permiten por tanto un primer acercamiento al tema en discusión.

En un sentido restringido, el *Diccionario de la lengua española* define 'tierra' como el "material desmenuzable de que principalmente se compone el suelo natural". Menos restrictiva, pero todavía muy acotada si consideramos el contexto de este trabajo, es la definición según la cual 'tierra' es aquel "terreno dedicado a cultivo o propio para ello". En el otro extremo están las acepciones de 'tierra' como el "territorio o distrito constituido por intereses presentes o históricos", o la "nación, región o lugar en que se ha nacido".

La Ley Indígena, por supuesto, no entra en estas sutilezas. El artículo 1° establece categóricamente –como ya se ha dicho tantas veces– que la tierra es el ‘fundamento principal de la existencia y cultura’ de los indígenas, pero no agrega otros elementos que permitan determinar cuál es exactamente el alcance que le atribuye. ¿Será que el legislador quiso referirse a la tierra en un sentido restringido, por ejemplo, en relación con su uso agrícola por los indígenas, siguiendo la definición recién vista según la cual ‘tierra’ es el “terreno dedicado a cultivo o propio para ello”?

El mensaje del proyecto de ley arroja algunas luces –no muchas– sobre esta cuestión:

“La ley debe establecer normas para la plena protección de las tierras que pertenecen a ellos, y plantear mecanismos para ampliar las tierras comunitarias, *ya que en muchas partes el minifundio prácticamente impide vivir de lo que la tierra produce*” (el destacado es del autor).

A primera vista, parecería que la protección conferida por la Ley Indígena a las tierras obedece a un argumento bastante utilitario si se lo compara con la ya mencionada declaración de la tierra como ‘fundamento principal’ de su existencia y cultura. Pero precisamente porque parece difícil conciliar ambas visiones, no cabe sino concluir que ambas pueden convivir pacíficamente en la medida que la afirmación de la tierra como sustento de la existencia misma de los indígenas es compatible con afirmar la importancia de su uso agrícola como una de las principales fuentes de ingreso de los hogares indígenas. El mismo mensaje se encarga de agregar a renglón seguido un elemento adicional:

“La sociedad debe asegurar que la gente pueda vivir con tranquilidad y seguridad en su lugar de origen. Creemos que ese es un gran objetivo que el presente proyecto considera”.

Esta referencia al lugar de origen se acerca más a las acepciones que se ubican en el extremo ‘amplio’ de las definiciones de ‘tierra’ de la Real Academia Española: “territorio o distrito constituido por intereses presentes o históricos” y “nación, región o lugar en que se ha nacido”. El artículo 12 de la Ley Indígena, si bien contiene una definición de tierras que es más bien operativa, de algún modo hace también referencia al origen cuando señala que “Son tierras indígenas (...) 3° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades (...)”.

Jaime López coincide con lo anterior y agrega nuevos elementos para apreciar la cuestión:

“La expresión ‘tierras indígenas’ o más precisamente en la Novena Región de la Araucanía ‘tierras mapuches’ ha sido empleada como un concepto de carácter histórico o antropológico, y que dice relación con el hábitat del Pueblo Mapuche, o también el territorio que es poseído o reivindicado por los mapuches. Sin embargo, a través del tiempo y de las distintas leyes que se han dictado en la República, la expresión <tierras indígenas> ha tenido diversos alcances, y generalmente no ha coincidido con el concepto histórico o antropológico”³.

Según Jaime López, entonces, si bien ‘tierra’ ha sido empleado como un concepto histórico o antropológico en la mayoría de las leyes. Eduardo Valenzuela –comentando una encuesta del Centro de Estudios Públicos– profundiza la cuestión explicando en forma lúcida la relación entre las distintas visiones sobre la tierra y su vinculación con la identidad:

“La identidad étnica mapuche parece estar recluida en la tierra que se constituye en soporte material de la economía mapuche, pero sobre todo en el fundamento simbólico de una comunidad que por otra parte se desvanece totalmente. Como sostén de una identidad étnica, la tierra mapuche no debe ser entendida solamente como propiedad. Es cierto que la tierra no alberga ninguna comunidad, ni existen tierras comunarias: el 89% de los mapuches considera que las tierras deben ser de las personas y sus familias como ha sido la costumbre. Pero el valor simbólico y patrimonial de la tierra se manifiesta también en el 65% de mapuches que aprueba la prohibición ancestral de vender tierras mapuches a no mapuches (hasta 76% entre mapuches que viven en el campo). El cierre de la comunidad que no se consigue a través de la prohibición del conu-bio, se logra con la clausura patrimonial de la tierra indígena. Asimismo, mucho de lo que se llama el problema mapuche proviene del desbalance entre la inviabilidad económica de la tierra indígena y la exacerbación de su valor cultural. El minifundio alberga esta contradicción interna: su valor económico no se compadece con su valor simbólico. Las dificultades de afirmar una identidad al margen de la tierra no auguran sino una profundización de este desajuste. La mirada económica no acierta muchas veces a comprender el significado de la tierra mapuche cuando confunde tierra con propiedad. Tampoco lo hace mejor la mirada política que tiende a confundir tierra con territorio”⁴.

Es posible identificar así varias miradas o conceptos sobre las tierras indígenas en cuanto objeto de regulación:

³ Jaime LÓPEZ, “Las tierras indígenas en la Ley 19.253”, p. 8.

⁴ VALENZUELA, *op. cit.*, p. 33.

- i) Económico-agrícola, en tanto soporte material de la economía familiar;
- ii) Patrimonial, en tanto ‘propiedad’;
- iii) Histórico, en cuanto lugar de origen y asiento histórico;
- iv) Político, en tanto ‘territorio’ o espacio territorial de ocupación; y
- v) Simbólico-antropológico, en cuanto fundamento de una comunidad y cultura.

La Ley Indígena incorpora y funde –si no ‘confunde’– todas estas miradas. Bien se podría afirmar que las contradicciones vitales que muchos acusan en la Ley Indígena –integración versus preservación, protección versus desarrollo– descansan en buena medida en la ambivalencia del legislador al regular las tierras indígenas, una vez erigidas como ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los pueblos indígenas.

Lo que nos lleva a la cuestión de la identidad.

3.2 LAS TIERRAS COMO ‘NÚCLEO INVOLABLE’ DE LA IDENTIDAD INDÍGENA

Ya se ha visto que la legislación erige a la tierra como el sostén principal de la identidad indígena, al catalogarla como ‘*fundamento principal*’ y afirmar su ‘*importancia especial*’ para la existencia y cultura de los pueblos indígenas. Cabe preguntarse, en este punto, si dicho rol es consistente con la historia, la realidad actual o con lo que expresan los propios indígenas.

Desde un punto de vista histórico, cabe recordar que los pueblos indígenas que ocupan el territorio actual de Chile tenían diversos patrones de subsistencia. El pueblo mapuche, por ejemplo (paradigmático para estos efectos en tanto ‘mapuche’ se ha traducido como ‘gente de la tierra’), era un pueblo de cazadores y recolectores hasta que el contacto con incas y españoles comenzó a modificar sus hábitos de vida.

Actualmente, un 73% de la población indígena vive en centros urbanos⁵. Si comparamos esta última encuesta con su antecedente de 1996 tenemos que en un lapso de quince años la población indígena urbana aumentó en más de veinte puntos, pese a que los recursos públicos se han orientado mayoritariamente hacia los sectores rurales.

Igual o más interesante es constatar la opinión de los propios indígenas. De acuerdo con una encuesta realizada en el año 2006 a mapuches rurales y urbanos por el Centro de Estudios Públicos (2007), la característica que más define a una persona mapuche es el hecho que hable el *mapudungun*. Sólo en quinto lugar mencionan el que viva en tierras mapuches (cuadro N° 1).

⁵ Encuesta CASEN 2011.

Cuadro N° 1

¿Cuáles considera que son las dos características más importantes que definen a una persona mapuche?



Aldo Mascareño, comentando la encuesta del Centro de Estudios Públicos, desmenuza estos datos y se hace cargo de la tensión entre lengua y tierra:

“(...) para la población mapuche (en más del 50%) el elemento principal para mantener su cultura es hablar la lengua mapuche; vivir de la tierra y que el estado les entregue tierras aparecen respectivamente en el cuarto y sexto lugar de preferencias (con alrededor del 30%). Cuando la cultura se formula como concepto político en la Declaración de 1997, la tierra, no la lengua, se presenta como el umbral de inviolabilidad. La Ley 19.253 (Ley Indígena) recoge esta idea en su artículo 1: indígenas son quienes “conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento de su existencia y cultura” (art. 1).

Como lo vimos en la sección anterior, la Declaración de 1997 no está semánticamente lejos de esta formulación. (Se podría hablar de interpenetración). Para ella el fundamento de la reconstrucción simbólica no es lo que la mayoría de la población mapuche expresa, no es la lengua. (Se podría hablar de inconsistencia). En la Ley Indígena la lengua tiene

un lugar marginal, la preocupación por ella es asignada a la CONADI y sólo en referencia a los ‘indígenas de los canales australes’: la Corporación procurará “conservar su lengua e identidad”. Cuando la cultura como concepto político define un centro, ese centro tiene la potencialidad del descentramiento, de dislocar las propias articulaciones simbólicas que se busca defender, de situar un elemento en lugar de otro⁶.

Al erigir la tierra en el ‘umbral de inviolabilidad’ de la identidad indígena (podríamos también catalogarla como ‘núcleo inviolable’), la Ley Indígena gatilló entonces al menos dos efectos:

- i) transformó a la entrega de tierras en el principal pivote de la política indígena y a la demanda por ellas en el eje central del discurso de los propios pueblos indígenas, y
- ii) relegó a un lugar secundario al fomento de la lengua como llave para la preservación de la identidad.

La paradoja es evidente, pues bien podría ocurrir que en un futuro no lejano las pocas lenguas indígenas hoy vigentes estén virtualmente extintas o reducidas al limitado espacio de lo protocolar-ceremonial, no obstante ser el elemento principal que define su cultura según lo expresado por ellos mismos en la encuesta mencionada. ¿Es posible, entonces, imaginar un futuro en que los pueblos indígenas conservan sus tierras, pero han visto debilitada su identidad?

Eduardo Valenzuela se adentra en la espinosa cuestión de la identidad al comentar la ya citada encuesta del Centro de Estudios Públicos:

“La identidad étnica tiene como fundamento dos elementos extremadamente inestables en la sociedad mapuche contemporánea: la lengua y la tierra, ambos muy desafiados por los procesos de asimilación urbanos”⁷.

Más adelante agrega:

“Todos los datos de la encuesta coinciden en la afirmación de la tierra como el asiento fundamental de la identidad mapuche. Después de la lengua (51%), ‘vivir del trabajo de la tierra’ es el segundo elemento que los mapuches consideran más importante para mantener su cultura (32%), muy por encima de ‘casarse entre mapuches’ (14%) y ‘participar en ceremonias o ritos’ (15%), lo que vuelve a mostrar que la cultura ha perdido su soporte comunitario. En el plano de las políticas públicas este orden entre la lengua y la tierra se invierte: la ‘recuperación de tierras indígenas

⁶ Aldo MASCAREÑO, “Sociología de la cultura. La deconstrucción de lo mapuche”, p. 104.

⁷ VALENZUELA, *op. cit.*, p. 27.

ancestrales' (35%) es el principal problema al que el gobierno debería dedicar su atención, muy por delante de la 'protección y fomento de la lengua mapuche' (17%). Cuando se pregunta por la forma en que el país debe reparar o compensar a los mapuches, las tierras vuelven a ocupar el lugar primero (48%), mientras que el 'fomento de la lengua y cultura' ocupa una posición mucho más discreta (6%). La reparación por tierras prima por sobre la educación (19%) y el empleo (10%) y se sitúa largamente por encima del reconocimiento social y legal de la etnia mapuche (14%). La tierra es la modalidad de reparación preferida sobre todo por los mapuches urbanos (59%) que se ubican por arriba de los mapuches rurales en este aspecto (39%). Totalmente decisiva es la opinión acerca de la capacidad de mantener la cultura mapuche en el medio urbano: 76% de los mapuches considera que quienes viven en la ciudad pierden su contacto con la cultura mapuche. La urbanización es vista como una amenaza cultural de primer orden justamente por su impacto sobre la lengua y sobre todo por la pérdida de contacto con la tierra"⁸.

Eduardo Valenzuela se refiere también a la relación entre la 'afirmación identitaria' de la tierra y el uso de la violencia, cuestión de gran actualidad:

"En este contexto de afirmación identitaria de la tierra no debe sorprender demasiado la justificación del 'uso de la fuerza para reclamar tierras' que alcanza a 22% entre quienes la justifican incondicionalmente y 36% en algunas circunstancias (aunque un 39% no justifica el uso de la fuerza, lo que muestra que se trata de un tema controversial dentro de la población mapuche)"⁹.

Esta afirmación identitaria de la tierra nos devuelve nuevamente al plano del discurso político y es coincidente con la noción de 'umbral de inviolabilidad' esgrimida por Aldo Mascareño:

"La identidad étnica mapuche parece estar recluida en la tierra que se constituye en soporte material de la economía mapuche, pero sobre todo en el fundamento simbólico de una comunidad que por otra parte se desvanece totalmente. Como sostén de una identidad étnica, la tierra mapuche no debe ser entendida solamente como propiedad. Es cierto que la tierra no alberga ninguna comunidad, ni existen tierras comunitarias: el 89% de los mapuches considera que las tierras deben ser de las personas y sus familias como ha sido la costumbre. Pero el valor simbólico y patrimonial de la tierra se manifiesta también en el 65% de mapuches

⁸ VALENZUELA, *op. cit.*, p. 32.

⁹ *Op. cit.*, p. 33.

que aprueba la prohibición ancestral de vender tierras mapuches a no mapuches (hasta 76% entre mapuches que viven en el campo). El cierre de la comunidad que no se consigue a través de la prohibición del conubio, se logra con la clausura patrimonial de la tierra indígena. Asimismo, mucho de lo que se llama el problema mapuche proviene del desbalance entre la inviabilidad económica de la tierra indígena y la exacerbación de su valor cultural. El minifundio alberga esta contradicción interna: su valor económico no se compadece con su valor simbólico. Las dificultades de afirmar una identidad al margen de la tierra no auguran sino una profundización de este desajuste¹⁰.

Que para Eduardo Valenzuela la tierra también se erige en ‘núcleo inviolable’ queda claro en otro pasaje de su comentario a la encuesta del Centro de Estudios Públicos, cuando afirma que en el caso del pueblo mapuche

“la posibilidad de afirmar la identidad en una comunidad de lengua o de sangre parecen desvanecerse completamente, aunque todavía subsiste la tierra como último soporte de una identidad viva y actual”¹¹.

4. Tierras indígenas: fronteras espaciales y simbólicas

4.1 LEY INDÍGENA Y ‘TIERRAS EN SENTIDO ESTRICTO’

Ya hemos visto la importancia que la Ley Indígena le atribuye a la tierra como ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los indígenas, y la forma en que dicha declaración se refleja en los deberes que la misma ley le impone a la sociedad en general y al Estado en particular. En este contexto, la identificación de cuáles son ‘tierras indígenas’ cobra una importancia que es innecesario destacar.

Eso es precisamente lo que hace su artículo 12 al definir cuatro categorías de *tierras indígenas*. La relevancia de esta clasificación es doble. Desde luego, permite deslindar qué tierras están afectas al estatuto de protección que conforman el artículo 13 y siguientes de la Ley Indígena, lo que tiene radicales consecuencias no sólo respecto a las facultades que los propios indígenas pueden ejercer sobre sus tierras, sino, también, en relación con las actividades que terceros titulares de otros derechos pueden realizar en ellas. Pero esta definición permite además identificar

¹⁰ VALENZUELA, *op. cit.*, p. 33.

¹¹ *Op. cit.*, p. 32.

aquellas tierras que se pueden beneficiar de las prerrogativas que la misma Ley les otorga.

El artículo 12 de la Ley Indígena define como tierras indígenas a las provenientes de cuatro fuentes o categorías:

1. Tierras actualmente ocupadas en propiedad o posesión por personas o comunidades indígenas, provenientes de ciertos títulos 'históricos' (N° 1).
2. Tierras ocupadas históricamente y que [actualmente] poseen personas o comunidades indígenas, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas (N° 2).
3. Tierras que provengan de los títulos y modos referidos en los números 1 y 2 y que hayan sido declaradas como pertenecientes a personas o comunidades indígenas por resolución judicial (N° 3).
4. Tierras que personas o comunidades indígenas reciban a título gratuito del Estado (N° 4).

Es conveniente recordar aquí que, según la historia de la Ley Indígena, la calificación de tierras indígenas "está centrada en los conceptos propiedad o posesión actual respecto de predios provenientes de histórica categoría indígena".

En consecuencia, son tierras indígenas de acuerdo a la Ley Indígena:

- i) Las comprendidas en alguna de las cuatro hipótesis del artículo 12;
- ii) Cuyo titular es indígena (sea una persona natural o comunidad indígena);
- iii) Que las ocupa actualmente en propiedad o posesión (salvo los números 3 y 4 por razones obvias); y
- iv) Que están inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas que lleva la CONADI (sólo para los casos dispuestos en el literal e) del N° 1 y N° 2 del artículo 12.

De este modo, la Ley Indígena consagra una noción que se podría denominar como 'tierras en sentido estricto' que es consistente con el sistema de propiedad registral de nuestro país, según la cual sólo son tierras indígenas aquellas respecto a las cuales su ocupante o poseedor cuenta con un título de dominio inscrito en el Conservador de Bienes Raíces, con deslindes claramente establecidos. En esto, como se verá a continuación, hay una diferencia fundamental con el Convenio 169.

4.2 CONVENIO 169 Y 'TIERRAS EN SENTIDO AMPLIO'

El artículo 13 del Convenio 169 abre el capítulo sobre las 'Tierras' afirmando la 'importancia especial' que aquéllas tienen para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas. Pero el artículo 13 no se queda ahí:

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación *con las tierras o territorios*, o con ambos, según los casos *que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación*”.

“La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (el destacado es del autor).

El artículo 13 fija los contornos de lo que podríamos denominar un concepto de ‘tierras en sentido amplio’:

- i) Vinculación de las tierras con las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, más allá de una concepción estrictamente economicista;
- ii) Utilización del término ‘tierras’ como inclusivo del concepto de territorios, extendiéndolo por tanto a la totalidad del hábitat de las regiones en que se emplazan los pueblos indígenas;
- iii) Inclusión no sólo de las tierras que ocupan los pueblos indígenas, sino, también, de las que ‘utilizan de alguna otra manera’; y
- iv) Consideración especial de los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos indígenas y las tierras o territorios.

Luego de esta auténtica ‘declaración de principios’, el artículo 14 N° 1 que le sigue no es sino una consecuencia lógica:

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

Si bien no parece ser el objetivo de estas disposiciones el ofrecer una definición exhaustiva y ejemplar de las tierras indígenas, la apreciación conjunta de ambas permite concluir que el Convenio 169 considera como tierras indígenas a las siguientes:

- i) Tierras que los pueblos indígenas ocupan (y, se podría agregar, respecto de las cuales ostentan un título escrito que acredita su dominio);

- ii) Tierras que los pueblos indígenas han ocupado tradicionalmente, respecto de las cuales los gobiernos deberán reconocerles su 'derecho de propiedad y posesión'; y
- iii) Tierras que no están ocupadas exclusivamente por los pueblos indígenas, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Cabe notar que en el último caso, el artículo 14 del Convenio 169 utiliza doblemente el término 'tradicional': primero para referirse al acceso a las tierras (como sinónimo de ancestral o consuetudinario) y luego para mencionar el tipo de actividades que se realizaban en ellas.

4.3 TIERRAS Y 'TERRITORIO' EN EL CONVENIO 169.

Un comentario especial merece la utilización y alcance del concepto 'territorio' en el Convenio 169.

Ya hemos visto que el artículo 13 del Convenio, luego de afirmar

“la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”

y “en particular los aspectos colectivos de esa relación”, agrega en su N° 2 la siguiente declaración:

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

El uso del término 'territorio' parece, en un primer acercamiento, una de las expresiones del concepto de 'tierras en sentido amplio' que enarbola el Convenio. Pero la amplitud del concepto de 'territorio' y su utilización por diversas disciplinas obliga a realizar algunas precisiones.

La OIT explica el alcance del concepto de territorio de esta manera:

“El territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos. Es por ello que debe entenderse que cuando el Convenio habla de 'tierra', el concepto abarca la *totalidad del territorio* que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo”¹².

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, p. 91.

Sin embargo, más allá de esta explicación oficial sobre su sentido y alcance, es claro que el concepto de ‘territorio’ es funcional al ya mencionado de ‘tierras indígenas en sentido amplio’ por varias razones:

- i) porque recuerda que antes de la llegada de los colonizadores europeos, los pueblos indígenas ocupaban y utilizaban la totalidad del espacio territorial y no las superficies acotadas de las cuales son dueños actualmente;
- ii) porque permite marcar un contrapunto con el concepto restrictivo de propiedad ‘occidental’ representado por un título escrito de dominio sobre una superficie delimitada de tierra;
- iii) porque es consistente con el concepto de propiedad colectiva, que se reconoce a un pueblo indígena o parte de él, por oposición a la propiedad individual; y
- iv) porque se acopla perfectamente con los esquemas de autogobierno o autonomía que normalmente están asociados a espacios territoriales con una identidad geográfica, histórica o cultural.

El concepto de territorio indígena así definido tiene entonces no sólo un alto valor simbólico en términos de la elaboración del discurso indígena, sino, también, un claro correlato en el discurso político y en las estrategias jurídicas. En efecto, lo expresado en los literales i) y iii) anteriores permite, además, sustentar acciones legales destinadas a reivindicar tierras que se reclaman como de histórica posesión indígena, por una parte, y por otra sustentar exigencias encaminadas a ampliar el espectro de actividades de terceros que pueden causar afectación de los intereses de los pueblos indígenas.

Ahora bien, en este punto del análisis no puede olvidarse que el concepto de territorio no tiene correspondencia en el sistema jurídico chileno. Por lo mismo, su irrupción representa un desafío desde varias perspectivas. Desde luego, la objetivación del concepto de territorio depende de factores históricos, geográficos, culturales, etc., y más importante que todo lo anterior, de las apreciaciones que las personas u organizaciones indígenas tengan del asunto. Así, las demandas por el territorio oscilan entre la totalidad del espacio territorial ocupado por lo que hoy es Chile –en su expresión más extrema– y las reivindicaciones acotadas a la superficie de los títulos que fueron entregados por el Estado a indígenas a partir del siglo XIX, pasando por una variedad de espacios territoriales más acotados: el ‘wallmapu’, el ‘territorio lafquenche’, etcétera.

Otro desafío tiene que ver con la forma en que el concepto de territorio se inserta en nuestro sistema jurídico. Una aproximación posible es determinar qué instituciones o instrumentos ya existentes tienen elementos en común con el concepto de territorio o se puede decir que lo implemen-

tan de uno u otro modo. Es el caso de las denominadas ADI, que establece la Ley Indígena. El caso de las ADI es particularmente atinente al tema de este trabajo, pues la tierra es uno de los fundamentos para su declaración.

El artículo 26 de la Ley Indígena instituye la figura del Área de Desarrollo Indígena y la define 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”.

Las ADI son creadas por el Ministerio de Desarrollo Social (antes Ministerio de Planificación y Cooperación) a propuesta de la CONADI, y para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios:

- a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
- b) Alta densidad de población indígena;
- c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;
- d) Homogeneidad ecológica, y
- e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna”.

Como se puede apreciar, la letra c) evidencia una vez más la importancia de la tierra como ‘fundamento principal de la existencia y cultura’ de los indígenas, pues siendo la concurrencia de los criterios recién mencionados de carácter copulativo, no puede existir una ADI si no hay presencia de tierras indígenas.

Ahora bien, las ADI son definidas como ‘espacios territoriales’. Si bien ‘espacio territorial’ no es lo mismo que ‘territorio’, existe cierta cercanía entre ambos y por lo mismo se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico las ADI son lo más parecido al concepto de territorio del Convenio. La pregunta, claro, es si más allá de la similitud lingüística existe real afinidad entre uno y otro concepto.

5. Tierras indígenas y estatutos de protección

Uno de los temas centrales tratándose de las tierras indígenas es la de su protección. Antes de examinar las disposiciones sobre protección que contienen la Ley Indígena y el Convenio 169, conviene revisar brevemente la presencia de este principio de protección en nuestra legislación histórica.

5.1 LOS ESTATUTOS DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA.

La Ley de 2 de julio de 1852 es comúnmente identificada como el cuerpo normativo que da inicio a lo que se podría denominar como ‘legislación proteccionista’ de las tierras indígenas. De hecho, su título es el primero que emplea la palabra ‘protección’, pues

“Crea la Provincia de Arauco, y autoriza al Presidente de la República, para reglamentar el gobierno de las fronteras y la *protección de los indígenas*” (el destacado es del autor).

Esta ley no sólo creaba la provincia de Arauco (la “que comprenderá en su demarcación los territorios de indígenas situados al sur del Bío-Bío y al norte de la provincia de Valdivia”), sino que además autorizaba al Presidente de la República para

“dictar las ordenanzas que juzgue convenientes para el mejor gobierno de las fronteras, *para la más eficaz protección de los indígenas*, para promover su más pronta civilización y *para arreglar los contratos y relaciones de comercio con ellos*” (el destacado es del autor). El mandato de protección era, pues, clarísimo.

La Ley de 2 de julio de 1852 no tardó en producir frutos. Muy poco después, en ejercicio de la autorización conferida al Presidente de la República por esta ley, se dictaba el Decreto N°109 de 14 de marzo de 1853 que “fija procedimientos para la enajenación, empeño, etc., de terrenos de indígenas”.

El Decreto N°109 de 14 de marzo de 1853 regulaba y establecía una serie de requisitos que debían cumplir ciertos contratos cuyo objeto eran terrenos de indígenas, disponiendo, por ejemplo, que eran nulos todos los contratos sobre venta, empeño y arriendos por más de cinco años de terrenos de indígenas cuando en dichos contratos no se observaren las formalidades prescritas en la misma (entre ellas la intervención del Intendente o del funcionario que él hubiese comisionado y la obligación de consulta al ‘Gobierno’ en el caso de ventas que excedieran de mil cuabras). Establecía, asimismo, la prohibición de comprar terrenos de indígenas o que se encontrasen en territorio indígena a cualquier funcionario que tuviese autoridad sobre aquellos territorios.

La Ley de 2 de julio de 1852 y el Decreto N°109 de 14 de marzo de 1853 iniciaban así una larga tradición de ‘protección’ de las tierras indígenas, la que pese a variaciones en su contenido e intensidad se ha mantenido hasta la actual legislación.

5.2 EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN DE LA LEY N° 19.253

Ya se ha visto que el artículo 1° de la Ley Indígena establece como deber de la sociedad en general y del Estado en particular la protección de las tierras indígenas. Este deber tiene un eco inmediato en las funciones de la CONADI que prescribe el artículo 39, entre las que se encuentra la de “velar por la protección de las tierras indígenas”.

Ahora bien, el deber de protección de las tierras indígenas se expresa en diversas disposiciones de la Ley Indígena, de las cuales no cabe duda el artículo 13 es la más importante.

Es posible considerar como normas de protección en la Ley Indígena a las siguientes:

- i) El estatuto de limitaciones al dominio del artículo 13;
- ii) Las normas sobre división de las tierras indígenas (artículos 16 y 17), más restrictivas para las tierras indígenas que las reglas generales del *Código Civil*;
- iii) Las disposiciones sobre sucesión de las tierras indígenas, en particular de aquellas cuyos titulares son las comunidades (artículo 18); y
- iv) El derecho especial que establece el artículo 19 a ejercer comunitariamente actividades en sitios sagrados o ceremoniales y otros que sean de propiedad fiscal, y a solicitar la transferencia a título gratuito de dichos inmuebles.

5.2.1 Estatuto de limitaciones al dominio del artículo 13

Ya se indicó que el artículo 13 es la principal disposición de la Ley Indígena que consagra el deber de protección de las tierras indígenas. Tanto así que parte señalando que las tierras indígenas, “*por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley*” (el destacado es del autor).

Para concretar este ‘deber de protección’, se establecen en este artículo una serie de limitaciones al dominio de las tierras indígenas que afectan el derecho real de dominio en todos sus elementos: uso, goce y disposición.

El artículo 13 señala:

“Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia.

Igualmente las tierras cuyos titulares sean Comunidades Indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años. En todo caso, éstas con la autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras.

Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta”.

En una primera aproximación, resalta en esta norma lo siguiente:

- i) El estatuto de protección se concreta en una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos de uso, goce y disposición que emanan del derecho real de dominio;
- ii) Este estatuto se justifica en una exigencia del *interés nacional* que ameritaría un tratamiento especial, distinto al del resto de las tierras del país; y
- iii) Se señala expresamente que las tierras indígenas “gozarán de la protección de esta ley” (el destacado es del autor): el uso del término ‘gozarán’ implica que la protección es concebida como un beneficio más que como una carga.

Es interesante destacar que la historia de la ley señala que el objeto de esta norma es “proteger al sector indígena” y “evitar figuras encubiertas y dolosas de enajenación” (como los arriendos a noventa y nueve años). El objetivo de la norma es entonces claro: evitar que las tierras salgan del patrimonio de las comunidades y personas indígenas. Y este objetivo deriva directamente del artículo 1° de la Ley N°19.253 tantas veces ya citado, que establece que las tierras son el fundamento principal de la existencia y cultura de los indígenas. Siguiendo el espíritu de la norma, la falta de protección de sus tierras y consecuente pérdida de éstas podrían significar la pérdida de las culturas indígenas. De ahí entonces la justificación del estatuto en una exigencia del interés nacional, en la medida que la ley da cuenta de un consenso en cuanto a que las culturas indígenas deben ser protegidas y fomentadas.

El artículo 13 sigue la siguiente estructura:

Regla general. Las tierras indígenas no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.

Excepción a la regla general. Las tierras indígenas pueden ser gravadas previa autorización de la CONADI. Sin embargo, este gravamen no

podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia.

Regla especial I. Las tierras cuyos titulares sean comunidades indígenas no pueden ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Regla especial II. Las tierras cuyos titulares sean personas naturales pueden ser arrendadas, dadas en comodato, y cedidas a terceros en uso, goce o administración por un plazo no superior a 5 años.

Regla especial III. Las tierras de personas naturales se pueden permutar por tierras de no indígenas que tengan un valor comercial similar debidamente acreditado, previa autorización de la CONADI (excepto las tierras asignadas a personas de la comunidad rapa nui o pascuense, que por expresa disposición legal no pueden ser permutadas).

Son varios los comentarios que se pueden hacer a este estatuto de protección.

El primero y de mayor entidad se refiere a la justificación de un estatuto de esta naturaleza. Desde luego, la prohibición de enajenación se aparta del principio general de libre circulación de los bienes consagrado en el *Código Civil*, cuestión que sólo se entiende a la luz de la exigencia de 'interés nacional' comprometida en el establecimiento del estatuto. Pero además, como dice Jaime López,

“La dictación de la ley indígena introdujo un elemento personal o subjetivo en el estatuto jurídico de los bienes raíces, lo cual es completamente excepcional dentro del ordenamiento jurídico chileno. En efecto, la calidad personal del titular de la tierra determina las prohibiciones y normas imperativas a que están sujetos los actos y contratos que tengan por objeto esos inmuebles, así como eventualmente la aplicación del derecho consuetudinario indígena”¹³.

El artículo 13 presume –no puede interpretarse de otra forma– que en ausencia de este estatuto las personas y comunidades indígenas dueñas de tierras se desprenderían de ellas, a pesar de ser aquéllas el fundamento principal de su existencia y cultura. Dado que no existen razones para sostener hoy que los indígenas están más expuestos a engaños o fraudes que otras personas, se podría concluir –paradojalmente– que la 'protección' es de sí mismas más que de terceros. Esta última conclusión se escucha a veces formulada en forma coloquial:

“si yo pudiera vender mis tierras tal vez ya las habría perdido, prefiero no poder hacerlo y así tener la tranquilidad que mis hijos y nietos seguirán vinculados a la tierra”.

¹³ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 38.

Este argumento es atendible, pero en una sociedad que afirma la libertad como uno de sus principales bienes, en el mejor de los casos justifica el establecimiento en la ley de una opción para someter las tierras al estatuto de protección, pero no la obligación para todos –sin excepciones– de someterse a dicho estatuto.

Algunos autores sostienen que este estatuto de ‘protección’ se traduce así en una suerte de “expropiación disfrazada” de las tierras indígenas, pues limita severamente todas las facultades emanadas del derecho de dominio sobre las tierras, es decir, el uso, goce y disposición de las mismas. Las prohibiciones y restricciones son tantas y de tal magnitud que, no obstante tener la titularidad formal de las tierras, en la práctica el dueño indígena pierde su calidad de tal al cercenársele las facultades esenciales del dominio. Se ha señalado, no sin algo de razón, que al consagrar un estatuto de estas características el legislador trata a los indígenas como relativamente incapaces desde un punto de vista de su capacidad para celebrar actos jurídicos. Parece claro que el objetivo del legislador no fue éste, sino evitar que las propiedades raíces siguieran saliendo del patrimonio de sus dueños indígenas. No obstante, cualquiera sea la razón, el resultado final es el mismo: existe un grupo de chilenos, las personas y comunidades indígenas, que no pueden hacer con sus tierras lo mismo que el resto de sus compatriotas.

Un segundo comentario tiene relación con que la ‘protección’ es mayor tratándose de tierras cuyos titulares son comunidades indígenas o –mirado desde otro ángulo– el régimen de restricciones al dominio es más severo respecto de las tierras comunitarias. De este modo, por un lado la ley fomenta la propiedad colectiva de las tierras indígenas –entendiéndola como su modo ancestral de tenencia de la tierra–, y por otro ‘penaliza’ la propiedad comunitaria imponiéndole limitaciones más severas que las que afectan a la propiedad individual. Al respecto, la Ley Indígena en su artículo 12 sólo admite dos tipos de propiedad:

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

Así, por ejemplo, la Ley Indígena no permite que una sociedad (ni siquiera una formada por indígenas) sea dueña de inmuebles que tengan la calidad de tierras indígenas. Por su parte, la ‘comunidad indígena definida por esta ley’ es una organización creada especialmente por la Ley N° 19.253 que tiene establecido un procedimiento de constitución y registro en los artículos 9 a 12 de dicho cuerpo legal. Las tierras de propiedad de estas

comunidades indígenas, de acuerdo con el artículo 13 ya visto, tienen severas restricciones a las facultades emanadas del dominio. Lo anterior ha provocado –como ocurre muchas veces con aquellas disposiciones que no están en sintonía con las necesidades sociales– que los propios indígenas soliciten a la CONADI que los predios sean adquiridos no por la ‘comunidad indígena definida por esta ley’, sino por una comunidad civil formada por miembros de la primera. Lo anterior permite a los adquirentes esquivar el estatuto de limitaciones al dominio que impone a las comunidades indígenas el artículo 13 de la ley.

Una tercera observación puede esgrimirse desde un argumento de utilidad. La pregunta fundamental en este orden –pocas veces formulada y menos respondida– es si este estatuto de ‘protección’ se ha traducido o no precisamente en mayores niveles de protección de las tierras indígenas y, por ende, de sus dueños. La prohibición de embargo y las restricciones a la constitución de gravámenes en la práctica impiden a los indígenas acceder a créditos en el mercado formal que les permitan desarrollar proyectos productivos en sus tierras, simplemente porque las tierras indígenas no constituyen una garantía aceptable para los bancos u otras entidades financieras. Esta restricción tiene dos consecuencias palpables: la primera es que muchos titulares de tierras se ven obligados a desarrollar una agricultura de subsistencia; la segunda, que las personas y comunidades indígenas quedan mayoritariamente forzadas a depender de los recursos públicos en la forma de subsidios y otras herramientas de asistencia estatal.

Sobre el particular, aunque reconoce que el estatuto puede justificarse en argumentos históricos, Jaime López señala:

“se debe necesariamente aceptar que la prohibición concebida de manera tan absoluta puede llegar a perjudicar a los propios indígenas, y ello no tanto desde la perspectiva de la enajenación a no indígenas, sino porque restringe el acceso al crédito y limita la calidad jurídica que deben tener los titulares de tierra indígena”¹⁴.

Los grupos en situación de pobreza y desventaja –todos los indicadores socioeconómicos muestran que los pueblos indígenas lo son– adoptan diversas estrategias de subsistencia (trabajo informal, migración rural-urbana, microemprendimientos, etc.), recurriendo y combinando para esto sus diversos activos, capacidades y actividades. Las limitaciones al dominio establecidas en la Ley Indígena restringen las oportunidades de los indígenas de adoptar diversas estrategias de subsistencia limitando

¹⁴ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 37.

severamente el espectro de actividades que pueden realizar en ellas lo que, nueva paradoja, probablemente ha impedido contrarrestar la corriente migratoria a las ciudades en búsqueda de mejores oportunidades de vida, con el consecuente desarraigo y aculturación. Un solo dato es testimonio palpable de esto último: mientras que en 1996 la población indígena rural alcanzaba casi un 50%, en el año 2011 había descendido a un 27%, en plena vigencia de la Ley Indígena con todos sus incentivos y beneficios a la ruralidad.

Un estudio reciente de la Fundación Aitue muestra que un 53% de los consultados cree que los mapuches debieran tener el derecho a vender libremente sus tierras. Este porcentaje aumenta cuando se trata del arriendo: un 67,5% estima que debieran tener derecho a arrendar libremente sus tierras¹⁵.

Finalmente, un comentario respecto a la permuta. El artículo 13 de la Ley Indígena establece que las tierras de personas naturales se pueden permutar por tierras de no indígenas que tengan un valor comercial similar debidamente acreditado, previa autorización de la CONADI (excepto las tierras asignadas a personas de la comunidad rapa nui o pascuense, que por expresa disposición legal no pueden ser permutadas). Esta norma constituye en nuestra legislación un caso temprano de lo que se conoce como ‘consentimiento previo, libre e informado’, en la medida que las tierras indígenas sólo pueden ser permutadas existiendo consentimiento previo, libre e informado de sus titulares, además de la autorización que debe dar la CONADI.

5.3 LA PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169

El Convenio 169 contiene una serie de disposiciones que se podrían agrupar en torno al deber de protección de las tierras indígenas que se impone a los gobiernos. Sin embargo, a diferencia de la Ley Indígena, el Convenio 169 no incluye –ni aun con carácter de programáticas– disposiciones que impongan restricciones a las facultades emanadas del dominio de las tierras indígenas. Más aún, el artículo 17 N°2 del Convenio establece la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas

“siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”.

¹⁵ FUNDACIÓN AITUE, “Estudio Fundación Aitue a población mapuche Regiones del Bio-Bío, Araucanía, Los Ríos, Los Lagos”, pp. 26-27.

El artículo 13 enuncia la norma inspiradora de todas las disposiciones sobre protección de las tierras que se incluyen en el Convenio, al establecer la obligación de los gobiernos de

“respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”.

A continuación el Convenio 169 despliega una serie de disposiciones que buscan de una u otra forma proteger las tierras indígenas:

- i) Reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (artículo 14 N° 1);
- ii) Implementación de medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 N° 1);
- iii) Implementación de medidas para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14 N° 2);
- iv) Institución de procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14 N° 3);
- v) Prohibición de trasladar a los pueblos indígenas de las tierras que ocupan (artículo 16);
- vi) Respeto a las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos indígenas, establecidas por estos últimos (artículo 17 N° 1);
- vii) Consulta a los pueblos indígenas cuando se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (artículo 17 N° 2);
- viii) Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos (artículo 17 N° 3); y
- ix) La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda instrucción no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o

todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones (artículo 18).

Ahora bien, cada uno de estos deberes u obligaciones plantea desafíos de envergadura. Tomemos, por ejemplo, la obligación de los gobiernos de adoptar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente (artículo 14 N° 2). Se podría argumentar que al haber definido la Ley N° 19.253 cuáles son tierras indígenas, de un modo u otro ya se ha dado cumplimiento a esta obligación del gobierno. Pero, ¿podemos concluir que las cuatro hipótesis del artículo 12 realmente comprenden “las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente”? Y si fuera necesario entonces que el gobierno determine cuáles son esas tierras, desde ya se puede anticipar que esta ‘determinación’ debiera dar cumplimiento a la obligación de consulta, puesto que es difícil –si no imposible– imaginar otra fórmula que permita dotar de legitimidad social a una determinación general de las tierras por medio de una medida administrativa. No es necesario explicar lo complejo que sería someter a consulta dicha determinación.

5.3.1 Tierras como territorio: el caso Chusmiza

En un fallo emblemático dictado en el caso conocido como ‘Aguas Chusmiza’, la Corte Suprema desplegó en todo su potencial las implicancias del Convenio 169 en relación con el concepto de tierras (tierras en sentido amplio versus la noción de tierras en sentido restringido de la Ley Indígena).

En este caso, la Comunidad Aimara de Chusmiza Usmagama solicitó a la justicia la regularización de un uso antiguo de las aguas de la vertiente o socavón ‘Chusmiza’, existiendo derechos inscritos en dicha vertiente a favor de un particular, sostiene la Corte Suprema:

“SEPTIMO: Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión ‘terrenos de la comunidad’, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1°, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).

Así, no ofrece duda que el reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades Aimaras y Atacameñas, no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas, lo que sólo se logra con la aplicación de la regla en estudio, en la forma en que ha sido entendida por los jueces del grado, lo que esta Corte comparte.

Con esta interpretación que garantiza el suministro de agua para las comunidades autóctonas en comento, se logra cumplir con los objetivos expresados en el Mensaje Presidencial que dio impulso a la actual Ley Indígena, referido a que: 'Con respecto a la defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades, el presente proyecto propone en su Título Segundo una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos. En el curso de nuestro mandato presidencial esperamos regularizar la propiedad de las tierras y aguas, asegurando, de este modo, a las comunidades posibilidades ciertas de desarrollo'. 'La situación de las comunidades del Norte Grande del país se ve afectada por la disputa de los recursos hídricos. Creemos de gran importancia que esta ley, junto a las modificaciones que hemos presentado al H. Congreso, del Código de Aguas, regule estos recursos de manera que sea posible la perduración de la vida humana en los pueblos y villas del norte del país. Creemos que sería un grave error que la población del norte del país se concentrara solamente en tres ciudades costeras importantes, abandonando el interior como consecuencia de una planificación defectuosa de los recursos de agua que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana' (pp. 504 y 506 del Boletín N° 514-01 de la Cámara de Diputados).

Ello resulta coherente con el artículo 65 de la Ley en comento, que expresa: 'La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados en las etnias aimaras y atacameñas'. Por consiguiente, es indudable que el eje central de la protección dada a las aguas indígenas reside en la idea del repoblamiento de las comunidades andinas, para lo cual parece esencial que puedan disponer de los recursos hídricos necesarios para su subsistencia y desarrollo.

Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: 'Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente', disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: 'La utilización del término

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

En virtud de lo razonado precedentemente, *no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aimaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos ‘terrenos de la comunidad’ deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas”.*

En lo que interesa a este trabajo, la Corte Suprema argumentó del siguiente modo:

- i) El reconocimiento de derechos que el artículo 64 de la Ley Indígena hace a favor de las comunidades aimaras y atacameñas,

“no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas”; y

- ii) Para la aplicación del artículo 64 resulta orientador que según el Convenio 169 la utilización del término ‘tierras’ deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera y que por lo mismo,

“no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza”, “tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de

la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos 'terrenos de la comunidad' deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas".

- iii) El artículo 64 en relación al artículo 3° transitorio de la Ley Indígena disponen una protección especial a favor de las aguas de propiedad ancestral que se encuentren en terrenos de comunidades indígenas aymaras y atacameñas. Para efectos de qué es lo que se entiende por 'terrenos' de las comunidades aymaras y atacameñas, los artículos 13 y 14 del Convenio 169 utilizan un concepto amplio de tierras indígenas al entender éstas como 'territorio' e incluir como parte de ellas la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, las tierras de 'ocupación tradicional', y las tierras que no están exclusivamente ocupadas por los indígenas, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Con este razonamiento, la Corte Suprema dejó a firme el fallo recurrido y por tanto la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas a favor de la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama por diez litros por segundo.

5.4. TIERRAS COLECTIVAS O COMUNITARIAS COMO EL TIPO DE PROPIEDAD CARACTERÍSTICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ya se ha visto que la 'protección' es mayor tratándose de tierras cuyos titulares son comunidades indígenas o –mirado desde otro ángulo– que el régimen de restricciones al dominio es más severo respecto de las tierras comunitarias. Este criterio supone una premisa básica: que las tierras colectivas o comunitarias constituyen el tipo de propiedad que es más propio de los pueblos indígenas, o su modo ancestral de tenencia de la tierra, por lo que requiere entonces de mayor protección.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, parece a primera vista abonar la tesis arriba mencionada:

“64. La Corte Interamericana ha notado que *‘entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad’*. Para la Corte, esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas” (el destacado es del autor)¹⁶.

Poco antes aclaraba:

“63. La dimensión colectiva se refiere a la *‘conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección’*. La CIDH ha explicado que los derechos y libertades indígenas frecuentemente se ejercen y gozan en forma colectiva, en el sentido de que sólo pueden ser debidamente asegurados a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo. En tal medida, están protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, modalidades de propiedad indígena en las cuales *‘el territorio global de la comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación’*. En general, el régimen jurídico relativo a la distribución y uso de las tierras comunales debe ser conforme al propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas” (el destacado es del autor)¹⁷.

La afirmación de la propiedad colectiva como el tipo de propiedad característico de los pueblos indígenas suele ser esgrimida como un argumento de autoridad, asociado a una crítica a la propiedad individual en

¹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, p. 27.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 26.

cuanto propia de una concepción economicista de las tierras. Sin embargo, la literatura y la evidencia muestran que entre los pueblos indígenas han coexistido y coexisten tanto la propiedad individual como la propiedad colectiva o, si se quiere esbozarlo de otra forma, tanto los usos individuales o familiares como los comunitarios. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encarga de despejar cualquier duda al respecto:

“62. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado reiteradamente el derecho a la propiedad territorial como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. En forma simultánea, la CIDH ha reiterado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente. Esta dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho. Para los órganos del sistema no existe una contradicción entre la protección de las dimensiones individual y colectiva de los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas y sus miembros”¹⁸.

5.5 BREVE COMENTARIO SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS ESTATUTOS DE PROTECCIÓN

El análisis que precede evidencia que nuestra legislación ha sido constante en contemplar estatutos de protección de las tierras indígenas. No obstante, una cuestión asoma al apreciar esa constancia: ¿tiene la protección actual de las tierras indígenas el mismo sentido y alcance de la protección del pasado?

Los cuerpos normativos de antaño cumplían varios objetivos: uno era identificar y delimitar las tierras indígenas; otro regular los actos jurídicos a su respecto, sea estableciendo formalidades habilitantes o derechamente prohibiéndolos. Pero no hay duda que uno de sus objetivos principales era proteger a los indígenas de fraudes, engaños o abusos. Como ya se vio, las propias disposiciones de estos cuerpos legales o en ocasiones sus preámbulos evidencian a todas luces dicho objetivo.

La actual Ley Indígena, por su parte, parece consagrar igual objetivo si se atiende a la historia de la ley. En efecto, se dejó constancia en ella que el objeto del artículo 13 ya citado es “proteger al sector indígena” y “evitar figuras encubiertas y dolosas de enajenación”, como los abundantes arriendos a noventa y nueve años. No obstante, era difícil sostener en 1993, y lo es más hoy, que los indígenas sean más vulnerables o estén más indefensos frente “a figuras encubiertas y dolosas de enajenación”

¹⁸ COMISIÓN, *op. cit.*, p. 25.

que otras personas en parecidas circunstancias. En realidad, la protección de las tierras indígenas en la actual legislación no se justifica tanto en el objetivo de evitar fraudes y engaños, como en la afirmación que “la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura” de los pueblos indígenas. Hemos transitado, como se ve, desde una legislación que protegía por razones pragmáticas (evitar engaños y abusos) a una legislación que protege por razones ideológicas (evitar la pérdida de la identidad).

6. La ‘protección ambiental’ de las tierras indígenas

Tal como se anticipó al inicio de este trabajo, el deber de protección de las tierras indígenas tiene un eco inmediato en las funciones de la CONADI que prescribe el artículo 39 de la Ley Indígena:

“velar por la protección de las tierras indígenas y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas”,

por una parte, y por otra “promover la adecuada explotación de las tierras indígenas y velar por su equilibrio ecológico”. Es parte de esta segunda función –“velar por su equilibrio ecológico”– la que nos lleva a la protección de las tierras indígenas desde una lógica ambiental.

6.1 PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS BAJO LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL

La LBMA, de 1994, fue modificada en 2010 por la Ley N° 20.417 para establecer expresamente en su actual artículo 4 inciso segundo:

“los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Aunque no hace una referencia expresa al concepto de ‘equilibrio ecológico’ establecido en la Ley N° 19.253, una interpretación armónica de la normativa ambiental evidencia que la ‘protección ambiental’ de las tierras indígenas es efectivamente uno de los elementos más relevantes. En efecto, uno de los principales ‘instrumentos de gestión ambiental’ –el

SEIA— progresivamente ha ido incorporando el mandato del citado inciso en su aplicación. De este modo, se da cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 4 y 7 del Convenio 169.

El artículo 11 de la LBMA establece que requerirán un estudio de impacto ambiental los proyectos o actividades que generen o presenten, entre otros efectos, características o circunstancias,

“c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”,

o

“d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas (...)”.

Ambas causales, como es evidente, llevan implícita la protección ambiental de las tierras indígenas: la primera porque tanto el reasentamiento como la alteración significativa de sistemas de vida están estrechamente relacionadas con la vida en la tierra, y la segunda porque las tierras indígenas, aun cuando no constituyen un ‘recurso protegido’ en los términos estrictos del artículo 8 del nuevo reglamento del SEIA, sí tiene dicho carácter en la Ley Indígena. De este modo, los proyectos o actividades que generen reasentamiento o alteración significativa de los sistemas de vida de pueblos indígenas requerirán necesariamente la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, por una parte, y por otra los proyectos o actividades que presenten ‘localización en o próxima’ a pueblos indígenas requerirán en muchos casos la elaboración de idéntico instrumento. No debe olvidarse que el Estudio de Impacto Ambiental es el instrumento de evaluación de impacto más exigente de la legislación ambiental chilena.

Pero la legislación ambiental contempla hoy un segundo nivel de protección ambiental de las tierras indígenas, que está relacionado directamente con el Convenio 169. En efecto, el nuevo reglamento del SEIA¹⁹ incorpora y regula la realización de una consulta indígena como parte del proceso de participación ambiental ciudadana, para aquellos proyectos que requieran la elaboración de un estudio de impacto ambiental por generar o presentar algunos de los efectos, características o circunstancias establecidos en las letras c), d) y f) del artículo 11 de la LBMA ya citado. Este proceso de consulta indígena está delineado según los estándares del Convenio 169 de la OIT.

¹⁹ Vigente desde el 24 de diciembre de 2013.

La protección ambiental se aprecia en varios aspectos que fueron incorporados o modificados en el nuevo reglamento del SEIA:

- i) Especificación sobre cuándo hay impacto sobre pueblos indígenas y sus tierras (artículos 5 a 10 en correspondencia con letras a) a la f) del artículo 11 de la LBMA);
- ii) Estipulación del contenido mínimo de un estudio de impacto ambiental y de una declaración de impacto ambiental (artículos 18 y 19) en relación con el impacto sobre pueblos indígenas y sus tierras;
- iii) Establecimiento y regulación de la consulta indígena como parte de la participación ambiental ciudadana (artículos 85 y 92) como un proceso de participación ad hoc, en que intervienen en forma exclusiva los pueblos indígenas afectados; y
- iv) Consideración de las particularidades culturales de los pueblos indígenas al establecer que es obligación del Servicio de Evaluación Ambiental diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe que “contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo”, por ejemplo, a través del uso de intérpretes y material traducido a sus respectivos idiomas.

La protección ambiental de las tierras indígenas como criterio normativo orientador es aun más patente si se consideran la obligaciones establecidas para el Servicio de Evaluación Ambiental por el artículo 86 del nuevo reglamento del SEIA:

“Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 2° de este Título, cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio

realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Las reuniones a que se refieren los incisos anteriores podrán servir de motivación a las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda”.

En aplicación de la disposición recién citada, por ejemplo, si un proyecto se está evaluando por medio de una declaración de impacto ambiental y dicho proyecto se emplaza en tierras indígenas, el servicio debe realizar reuniones con los pueblos indígenas involucrados, reuniones que le permitirán determinar, si es el caso, que la actividad en cuestión debe ser evaluada a través de un estudio de impacto ambiental y, por tanto, someterse al proceso de consulta indígena contemplado para los proyectos que se evalúan por medio de ese instrumento.

Como se puede apreciar, las tierras indígenas tienen una doble protección ambiental: por una parte los proyectos o actividades que generen impactos sobre ellas deben ser en muchos casos evaluados por medio de un estudio de impacto ambiental, y por otra el procedimiento de participación ciudadana contemplado en este último incluye expresamente un proceso de consulta indígena en línea con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT.

6.2 PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169

Por su parte, el artículo 7 del Convenio 169 en sus números 3 y 4 se hace cargo de esta declaración al disponer:

“3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, *a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos.* Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. *Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”* (el destacado es del autor).

7. El deber de ‘ampliación’ de las tierras indígenas

7.1 TIERRAS INDÍGENAS Y ‘DEUDA HISTÓRICA’

Al introducir este trabajo se resaltó que una de las consecuencias de la afirmación según la cual la tierra es el fundamento de la existencia y cultura de los pueblos indígenas, es la obligación impuesta a la sociedad y al Estado de ‘propender a su ampliación’. Se trata, pues, de un mandato legal inserto en un conjunto de deberes relacionados con las tierras indígenas. El artículo 1° de la Ley Indígena lo prescribe de esta manera:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular (...) proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y *propender a su ampliación*” (el destacado es del autor).

Es en este deber de propender a su ampliación en que encuentran su sustento último los diversos mecanismos establecidos por la Ley Indígena para la entrega y regularización de tierras a indígenas. Pero antes de revisar dichos mecanismos es oportuno analizar brevemente la *ratio legis* de este deber de ampliación de las tierras indígenas.

El deber de ampliación tiene su fundamento más evidente en la afirmación de la tierra como fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos indígenas. Sin embargo, bien se podría argumentar que el uso de la palabra ‘ampliación’ no es más que un eufemismo que disimula el verdadero objetivo de la ley: instar por la ‘restitución’ de las tierras que de uno u otro modo –a menudo al margen de la ley– salieron del patrimonio de los pueblos indígenas. Y esta noción de restitución conecta inmediatamente con la de ‘reparación’, y ésta a su vez con lo que se suele denominar ‘deuda histórica’.

En efecto, constituye un lugar común la afirmación según la cual las sociedades dominantes tienen una deuda histórica con los pueblos indígenas, originada en procesos históricos de usurpación territorial, dominación cultural, discriminación, etcétera.

La cuestión del pasado es –como puede adivinarse– de vital relevancia para formular un marco regulatorio para el deber de ampliación. El sustrato elemental del deber de ampliación es la existencia de un consenso social respecto al rol de la tierra como ‘fundamento principal’, pero en la práctica es muy difícil aislar dicho sustrato de los procesos reivindicatorios. El problema es que si ya existe polémica sobre la existencia de una deuda histórica y la necesidad de repararla, más complejo aún es generar los consensos indispensables para dotarla de contenido. En otras palabras, ¿cuán lejos debe llegar la ampliación?

La cuestión histórica y sus implicancias para el presente se enfrentan entonces a un doble reto social y jurídico: generar consenso respecto a la existencia misma y el contenido de la denominada 'deuda histórica' y en particular su expresión concreta en materia de tierras, y generar consenso sobre la forma más adecuada de repararla, sea con tierras o de otra forma. Este aspecto es fundamental, pues en la medida que el consenso sobre el pasado es escaso o débil, igualmente lo son las políticas destinadas a 'hacerse cargo' de ese pasado.

7.2. MECANISMOS DE 'AMPLIACIÓN' DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN LA LEY INDÍGENA

Ya se anticipó que el deber del Estado de propender a la ampliación de las tierras indígenas se traduce en una serie de mecanismos que establece la Ley Indígena para asegurar el cumplimiento de dicho deber. Estos mecanismos están asociados al Fondo para Tierras y Aguas de la CONADI, instrumento creado por la propia Ley Indígena para cumplir, entre otros objetivos, el mandato legal de ampliación de las tierras indígenas.

Este deber tiene un eco inmediato en las funciones de la CONADI que prescribe el artículo 39: "velar por la protección de las tierras indígenas y *posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas*", por una parte, y por otra "promover la adecuada explotación de las tierras indígenas y velar por su equilibrio ecológico".

Los artículos 20 y 21 de la Ley Indígena regulan los siguientes mecanismos de ampliación de las tierras indígenas:

- i) Otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras por personas, comunidades indígenas, o una parte de éstas, "cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente" –artículo 20 letra a).
- ii) Financiamiento de mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, también conocido como 'compra directa' o 'compra de predios en conflicto' –artículo 20 letra b).
- iii) Traspaso de tierras fiscales –artículo 21 inciso final. Esta norma faculta a la CONADI para recibir tierras fiscales del Estado y para radicar, entregar títulos permanentes o realizar proyectos de colonización y reubicación en dichas tierras destinados a personas o comunidades indígenas.
- iv) Regularización de títulos. Si bien este mecanismo no tiene expresa base legal, su procedencia se desprende por extensión del artículo 20 letra c) que establece que la CONADI podrá financiar la regularización de derechos de aguas. En la práctica esto

se ha traducido en la firma de un convenio entre la CONADI y el Ministerio de Bienes nacionales, por medio del cual la primera financia con cargo a su presupuesto anual el costo de los procesos de regularización de tierras indígenas que realice dicho Ministerio en conformidad al Decreto Ley N°2.695 de 1979. Se refiere, por tanto, a tierras que están siendo ocupadas por indígenas pero respecto de las cuales no cuentan con un título de dominio inscrito en el Conservador de Bienes Raíces.

Todos estos mecanismos se financian con recursos asignados a la CONADI por la Ley de Presupuestos de cada año, una de cuyas partidas corresponde al Fondo para Tierras y Aguas Indígenas.

De acuerdo con lo informado por el gobierno de Chile a la OIT en su primera memoria sobre el cumplimiento del Convenio 169 en 2010, la superficie total de tierras de dominio indígena a esa fecha era de 1.161.074,37 hectáreas. Es probable que dicha superficie sea mayor si se consideran aquellas tierras indígenas que no están inscritas en el Registro Público de Tierras que mantiene la CONADI.

Por otra parte, y respecto a la ‘ampliación’ de las tierras indígenas, la citada memoria del gobierno de Chile informaba que entre 1994 y 2010 un total de 667.457 hectáreas habían sido adquiridas, traspasadas o saneadas a personas y comunidades indígenas, en aplicación de los diversos mecanismos que establece la Ley Indígena para esos efectos. Así lo muestra el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2
Tierra adquiridas, traspasadas, saneadas o ambas
años 1994 al 2010

	Art. 20 b)	Art. 20 a)	Concesión de uso gratuito	Traspaso predios fiscales	Saneamiento propiedad indígena	Total
Total período						
1994-2010 (hectáreas)	95.814	27.240	2.286	306.735	235.382	667.457
Familias (N°)	8.413	3.285				11.698
Comunidades (N°)	271	171				442
Subsidios individuales		1.466	1.012	4.013	1.108	7.599

FUENTE: Gobierno de Chile²⁰

²⁰ GOBIERNO DE CHILE, *Memoria Presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989 (NÚM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, 1° de septiembre de 2010.*

Es importante destacar que el artículo 22 de la Ley Indígena establece una prohibición de enajenar por veinticinco años para las tierras no indígenas adquiridas con recursos del Fondo para Tierras y Aguas. Esta prohibición debe conciliarse con la regla establecida por el artículo 13, según la cual las tierras indígenas no pueden ser enajenadas salvo entre personas o comunidades indígenas de una misma etnia. Por tanto, la interpretación conjunta de ambos artículos permite concluir que los beneficiarios de tierras indígenas tienen una prohibición absoluta de enajenación durante veinticinco años contados desde su inscripción, transcurridos los cuales pueden enajenarlas a personas o comunidades indígenas de su misma etnia.

7.3 MECANISMOS DE 'AMPLIACIÓN' DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169

El Convenio 169 incluye sólo una disposición (artículo 19) que establece nítidamente la obligación de los gobiernos de propender a la ampliación de las tierras indígenas:

“Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico (...)”
(el destacado es del autor).

Este mandato de ‘asignación de tierras adicionales’, sin embargo, está inserto en una norma que obedece más a un criterio de no discriminación (negativa) que a un principio de discriminación positiva. En efecto, se establece que los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos indígenas ‘condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población’, por lo que cabe preguntarse si la obligación subsiste en aquellos casos en que los citados programas no contemplan la asignación de tierras adicionales para otros sectores de la población.

Adicionalmente al artículo 19, existen varias disposiciones que revelan un espíritu que es afín al objetivo de ampliación:

- i) Reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (artículo 14 N° 1);
- ii) Implementación de medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente

- acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 N° 1);
- iii) Implementación de medidas para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14 N° 2); y
 - iv) Institución de procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14 N° 3).

Como se puede apreciar, el Convenio 169 apunta a fomentar el reconocimiento de un amplio espectro de tierras utilizadas por los pueblos indígenas, más que a la entrega de tierras como medida de reparación.

7.4 COMENTARIOS RESPECTO AL DEBER DE ‘AMPLIACIÓN’ DE LAS TIERRAS INDÍGENAS

El deber de ‘ampliación’ de las tierras indígenas, en tanto obligación del Estado consagrada legalmente, plantea retos de gran envergadura. De hecho, se podría decir que la política de entrega de tierras a los pueblos indígenas –expresión concreta del mandato de ampliación– es tal vez uno de los desafíos más complejos que enfrentará la sociedad chilena en los próximos años.

Un primer orden de comentarios se refiere a la expresión concreta del deber de ampliación en la Ley Indígena, es decir, a los artículos 20 y 21 de esta última.

En cuanto al otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras, el artículo 20 letra a) lo condiciona a que “la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente”. Esto introduce un elemento subjetivo en un mecanismo cuya definición de ‘elegibilidad’ debiera ser estrictamente objetiva, pues obliga a la administración a formular un criterio para determinar cuándo las tierras son ‘suficientes’. Hasta ahora, se ha intentado zanjar esta cuestión definiendo un parámetro de ‘habitabilidad’, es decir, el número de hectáreas que son suficientes para una familia. Sin embargo, es evidente que esta definición podría ser objetada desde distintos flancos, por ejemplo, considerando la dinámica tierras colectivas-tierras individuales.

El artículo 20 b), por su parte, está redactado de un modo que se presta para diversas interpretaciones, lo que es especialmente sensible si se considera que estamos en presencia de una facultad de la administración. Esta disposición permite a la CONADI “financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras”, lo que confiere a dicho

organismo un margen de discrecionalidad amplísimo que, sumado a los recursos que cada año dispone la ley para el cumplimiento de este objetivo, constituye una amenaza permanente a la transparencia y uso correcto de dichos recursos. Dicha amplitud ya se refleja en las formas con que se ha denominado a este mecanismo: 'compra directa' o 'compra de predios en conflicto', etc. Pero el artículo 20 b) agrega a continuación que esta facultad de CONADI de 'financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras' se aplica

"en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado a favor de los indígenas".

Desde ya se puede señalar que la redacción es bastante confusa, lo que por cierto no colabora a la interpretación y aplicación de una norma que ya es compleja en su formulación. Pero además el uso de la expresión 'en especial' vuelve a aumentar el margen de discrecionalidad de la administración en el cumplimiento de este objetivo. Por otro lado, el espectro de tierras a las que este mecanismo es aplicable es prácticamente universal, pues incluiría a las provenientes de todos los títulos singularizados en las letras a) a la e) del N°1 del artículo 12 de la Ley Indígena.

Por último, resta señalar algo respecto al traspaso de tierras fiscales consagrado en el inciso final del artículo 21 de la Ley Indígena. Como ya se anticipó, esta norma faculta a la CONADI para recibir tierras fiscales del Estado y para radicar, entregar títulos permanentes o realizar proyectos de colonización y reubicación en dichas tierras destinados a personas o comunidades indígenas. Este mecanismo fue utilizado entre 1993 y 2000 principalmente para los pueblos indígenas del norte de Chile, luego de lo cual dejó de usarse. Un estudio encargado por el Ministerio de Bienes Nacionales en esos años –se ignora su contenido exacto– realizó una estimación de la superficie de tierras fiscales que debían traspasarse a las comunidades indígenas para satisfacer sus reivindicaciones históricas. Parte de esa superficie fue efectivamente traspasada a la CONADI y luego entregada en propiedad a las comunidades, pero el proceso se habría interrumpido bruscamente a fines de los noventa. Más allá de los argumentos que puedan esgrimirse para defender o atacar esta decisión, lo cierto es que las comunidades están en conocimiento de este estudio y por tanto está aún abierta la expectativa de avanzar con nuevos traspasos. Paralelamente, los subsidios para la adquisición de tierras y los recursos

para la ‘compra directa’ de predios no han estado disponibles para los pueblos indígenas del norte desde hace varios años, lo que se viene a sumar al ‘congelamiento’ del traspaso de tierras fiscales.

Un segundo orden de comentarios está relacionado con una cuestión más general, que es la complejidad que representa hacia el futuro el cumplimiento del deber de ‘ampliación’ de las tierras indígenas. Este desafío tiene que ver con una serie de elementos, que pueden resumirse en tres:

- i) las exigencias que se podrían esgrimir en términos de justicia correctiva y distributiva;
- ii) la frontera espacial y temporal del deber de ampliación, es decir, el horizonte de superficie (hectáreas de tierra) y tiempo en que podrían satisfacerse las obligaciones del Estado en esta materia;
- y
- iii) el impacto en la convivencia nacional y local, pues nadie discute que la política de entrega de tierras está estrechamente relacionada con el grave deterioro de la convivencia en la zona sur del país, del que se acusa, al menos en parte, a dicha política y su fundamento legal.

7.4.1 Exigencias que se podrían esgrimir en términos de justicia correctiva y distributiva

Una de las cuestiones más sensibles es la llamada ‘aplicabilidad’, es decir, la calificación que hace el Estado de una comunidad indígena como beneficiaria de la entrega de tierras. En el caso particular del pueblo mapuche, bajo el primer gobierno de Michelle Bachelet se priorizaron dos listas de comunidades indígenas para la compra directa de tierras: las llamadas ‘115’ y ‘308’. Al día de hoy recién se estaría terminando de comprar tierras a las ‘115’, encontrándose en compás de espera las comunidades ‘308’ que cuentan con aplicabilidad’ (cerca de 160). Para complejizar las cosas, algunas comunidades ‘115’ estiman que su demanda está ‘incompleta’, por lo que el Estado aún estaría en deuda a su respecto. Mientras tanto, nada impide que nuevas comunidades soliciten aplicabilidad, independientemente de su antigüedad.

7.4.2 Frontera espacial y temporal del deber de ampliación

Un primer aspecto a considerar aquí es la distinta naturaleza de las demandas o reivindicaciones de tierras dependiendo del pueblo indígena de que se trata, pues existen diferencias relevantes entre las aspiraciones de las comunidades indígenas del norte del país, las de los rapa nui, o de los mapuches en el centro-sur.

Pero también hay una diferencia sideral entre aquellas reivindicaciones acotadas a la superficie de los títulos que fueron entregados por el Estado a indígenas a partir del siglo XIX, y aquéllas que reclaman la totalidad del territorio ocupado por los pueblos indígenas al advenimiento de la República de Chile. Así, por ejemplo, se ha planteado por algunos que el artículo 20 b) de la Ley Indígena se cumpliría entregando a las comunidades mapuches el denominado 'desmedro' de sus títulos originales de merced. En la práctica, ello implicaría que si un título original de merced tenía una superficie de cien hectáreas y en la actualidad sólo se conserva en manos indígenas la mitad de dicha superficie, la obligación legal derivada de esta norma se cumpliría entregando el 'desmedro', es decir, las cincuenta hectáreas restantes. Si bien esta idea parece una forma objetiva de determinar la superficie total de tierras que deben entregarse para satisfacer la norma, su implementación tendría una serie de problemas operativos que no se pueden soslayar. Desde luego es necesario convenir que una solución de esa naturaleza implicaría un cambio sustancial en la forma en que se ha abordado el cumplimiento del artículo 20 b), pues los futuros beneficiarios podrían legítimamente argumentar que acota sustancialmente la superficie de tierras a entregar y en tal sentido constituiría una discriminación respecto de las comunidades que han sido beneficiadas con este mecanismo hasta la fecha. Pero además existe un problema que parece insalvable precisamente en cuanto a la determinación de los beneficiarios, pues en la actualidad es común que existan dos o más comunidades que provengan de un mismo título de merced, o si existe sólo una comunidad que el número de sus miembros sea muy superior al de los beneficiarios originales del título, por lo que la entrega sólo del 'desmedro' podría ser extremadamente insuficiente para otorgar 'habitabilidad' a todos los involucrados.

Como se puede apreciar, estamos en presencia de una demanda de tierras que es relativamente infinita, versus una oferta que es muy limitada dada la actual estructura de propiedad en la zona. Esta realidad constituye un 'cuello de botella' estructural que permite anticipar que los problemas asociados en particular a la implementación del mecanismo de 'compra directa' de predios se mantendrán indefinidamente, con todo lo que ello implica. La pregunta que surge en este escenario es si están dadas las condiciones para plantear la posibilidad que el Estado cumpla el deber de ampliación a través de mecanismos alternativos distintos de la entrega de tierras, aunque la sola idea parezca un contrasentido. Otros países han avanzado en esa línea y hay lecciones aprendidas al respecto.

7.4.3 Impacto en la convivencia nacional y local

La ley de presupuestos asigna cada año a la CONADI importantes recursos para la entrega de tierras. Ello genera un poder comprador que distorsiona totalmente el valor de las tierras, generando además incentivos perversos a la corrupción y al uso de la violencia para forzar negociaciones y ventas de predios.

Sin una revisión profunda de la actual política de tierras, Chile puede comprometer gravemente la convivencia en parte importante de su territorio y por un período indefinido de tiempo.

8. Reflexiones a modo de conclusión

No cabe duda que las tierras indígenas tienen un rol central en la identidad de los pueblos indígenas, y que dicha centralidad amerita el establecimiento de normas de protección y ampliación de dichas tierras. Sin embargo, también es claro que la lengua tiene un rol clave en dicha identidad y que, *vis a vis* con las tierras indígenas, carece de los niveles de protección y fomento que amerita dicho rol.

Por otra parte, los contornos precisos de las regulaciones y políticas llamadas a implementar tales esquemas de protección y ampliación requieren un doble escrutinio. Por un lado, su formulación e implementación se produce en escenarios dinámicos en que los pilares identitarios –tierras y lengua– están desafiados por realidades culturales, demográficas y socioeconómicas que exigen una constante revisión y ajuste entre ‘ideal’ y ‘realidad’. Por otro, se hace necesaria la revisión del estatuto de protección para definir en conjunto con los pueblos indígenas un esquema que permita compatibilizar el legítimo deseo de algunos propietarios de otorgar a sus tierras algún nivel de protección, con el desarrollo de las potencialidades productivas y económicas de las mismas.

Algo similar ocurre con las disposiciones sobre ampliación de las tierras indígenas. Hoy más que nunca se requiere un diálogo amplio y maduro entre todos los involucrados –pueblos indígenas, Estado, sociedad civil, gremios, etc.– para definir en conjunto una fórmula realista que nos permita avanzar en esta materia y solucionar los problemas que se observan en el actual esquema regulatorio y de políticas públicas, teniendo a la vista las lecciones aprendidas por otros países que ya han recorrido este camino.

Bibliografía

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Documento 56/09, 2010.
- GOBIERNO DE CHILE, *Memoria Presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989 (NÚM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, 1° de septiembre de 2010.*
- FUNDACIÓN AITUE, *Estudio Fundación Aitue a Población Mapuche Regiones del Bio-Bío, Araucanía, Los Ríos, Los Lagos*, Informe Final, Temuco, 2013.
- LÓPEZ ALLENDES Jaime, "Las tierras indígenas en la Ley 19.253", en *Revista CU-HSO*, volumen especial, N° 1, Temuco, 1999.
- MARTÍNEZ COBO, José R, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 1983.
- MASCAREÑO, Aldo, "Sociología de la cultura. La deconstrucción de lo mapuche", en *Revista Estudios Públicos*, N° 105, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2007.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.
- VALENZUELA Eduardo, "Tierra, comunidad e identidad mapuche", en *Revista Estudios Públicos*, N° 105, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2007.

NORMAS CITADAS

- Ley N° 19.253 ("Ley Indígena"). Disponible en www.bcn.cl. Consultada el 17 de febrero del 2013.
- CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989 (NÚM. 169), de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, 1° de septiembre de 2010.