

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2014
ISBN: xxx-xxx-xxx-xxx-x

Editor general
Tomás Vial Solar
Edición
Sergio Missana

Diseño
Felicidad

Impreso en Chile por
Salesianos Impresores S.A.

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-2) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

INDICE

Presentación	09
1. ¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones pos-dictadura.	21
2. La huelga, un derecho fundamental.	63
3. Trabajadoras de casa particular: invisibilizadas y discriminadas.	109
4. Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile.	157
5. Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos.	203
6. El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: la percepción de las personas privadas de libertad.	245
7. Medio ambiente y derechos humanos: organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal.	291
8. Derechos de los migrantes y refugiados.	333
9. Derecho a la salud mental: la infancia olvidada.	377
10. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.	417
11. El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile.	447

12. Homoparentalidad en Chile y derechos humanos. 477

Biografías autores Informe 2014 493

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su duodécimo *Informe Anual de Derechos Humanos*, relativo a los hechos ocurridos entre mediados de 2013 y mediados del presente año en diversos aspectos de los derechos humanos vigentes en Chile.

El *Informe*, que se elabora cada año, no pretende realizar un examen exhaustivo de en qué medida el Estado chileno cumple o no la totalidad de las obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que tiene como propósito informar y analizar en profundidad, desde esa óptica, aspectos de nuestra vida social que consideremos de particular gravedad por su carácter estructural o que no han sido destacados con anterioridad, teniendo además en consideración las experiencias existentes dentro de la Facultad de Derecho de la UDP. De esta forma, el *Informe* se diferencia de otros estudios que poseen un carácter comprehensivo en materia de derechos humanos. Tampoco pretende este ser una publicación de carácter exclusivamente académico, que de cuenta en forma acabada de la literatura en un campo particular. Su vocación, desde su inicio, ha sido presentar, desde una perspectiva académica, sobre la base de un trabajo de investigación racionalmente fundado, una realidad social bajo la óptica de los derechos humanos, de modo que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigido. En la presente edición el *Informe* contiene 12 capítulos, los que se pasan a exponer sucintamente, junto con señalar algunas de las principales recomendaciones que en ellos se efectúan.

El *Informe* se inicia, como ha sido costumbre, con un capítulo titulado “¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones posdictadura”, a cargo de la investigadora Cath Collins y fruto del trabajo del Observatorio de Justicia Transicional (antes de Derechos Humanos) de la UDP, dirigido por la autora, relativo a las violaciones a los derechos humanos producidas durante la dictadura. Este capítulo permite efectuar comparaciones a través del tiempo en esta materia, y realiza un acucioso estudio de cómo se están llevando

a cabo los procesos penales producto de esas violaciones, mostrando que, en materia de verdad, justicia y de hacer efectivas las responsabilidades, aún falta un largo camino por recorrer, sin perjuicio de valorar positivamente los recientes anuncios del gobierno en esta materia. El capítulo sostiene asimismo que, aun en los casos excepcionales en que se han dictado sentencias definitivas con penas de cárcel efectiva, los beneficios otorgados a los presos representan con frecuencia una denegación de la escasa justicia aplicada. También se analiza la situación de las instituciones estatales relacionadas con la investigación y reparación, tales como el Instituto Médico Legal o la PDI, destacando los aspectos positivos y los problemas que se han dado en el transcurso del año. Respecto a estos diversos aspectos, la autora recomienda al Estado de Chile, entre otras cosas, la derogación o el dejar sin efecto la ley de Amnistía, el establecimiento de una instancia permanente de calificación de las víctimas y sobrevivientes de violaciones de DD.HH., y la provisión de asesoría y representación a las víctimas de tortura y prisión política.

Los derechos de los trabajadores y trabajadoras en Chile son el tema común de dos de los capítulos del *Informe 2014*. Los profesores César Toledo y Karla Varas, en el capítulo “La huelga, un derecho fundamental”, analizan acuciosamente—en relación a las normas internacionales—la actual normativa del Código del Trabajo respecto al derecho a la huelga, así como también la situación de los funcionarios públicos en esta materia. Los autores afirman que el panorama es bastante desolador, pues no solo existe una deuda en materia legislativa, sino también en el ámbito institucional y comunicacional, principalmente por la escasa y en algunos casos nula intervención del Estado para los efectos de dar una adecuada protección frente a los actos ejercidos por empleadores tendientes a mermar o anular el derecho de huelga, y por el tratamiento que recibe el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social: resaltando situaciones puntuales de violencia invisibilizando el conflicto laboral de fondo que está detrás. Ante esta realidad, dos de las recomendaciones más relevantes son la de promover una reforma global a los Libros III y IV del Código del Trabajo y, con ello, a las normas que tratan sobre la huelga, teniendo como eje la libertad sindical en tanto derecho fundamental vital en toda democracia, por tratarse de una exigencia incumplida por el Estado de Chile, y consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal, admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales, en el sentido estricto del término, de acuerdo a los estándares de la OIT.

La situación de las trabajadoras de casa particular (TCP) es el tema abordado por las investigadoras Lidia Casas y Helena Olea en el capítulo titulado “Trabajadoras de casa particular: Invisibilizadas y dis-

criminadas”. El propósito del capítulo es analizar la situación de las trabajadoras de casa particular en Chile a la luz de los estándares internacionales. En el análisis se consideran elementos fundamentales de la relación laboral de estas trabajadoras: contratación, salario, jornada laboral, dormitorio y alimentación, funciones o tareas, y violencia en el trabajo. Se aborda también la terminación de la relación laboral y la reclamación de derechos, ya sea en sede administrativa y judicial. Por último, se analizan los proyectos legislativos presentados y en discusión en el Congreso Nacional. En la investigación se aprecia también el importante aspecto migratorio que presenta hoy en Chile el trabajo doméstico. Las autoras concluyen que un régimen diferenciado en las condiciones laborales, de protección y reclamación de los derechos de las TCP, como el que existe hoy, perpetúa un subsidio de las más pobres y marginadas a quienes tienen más. Y que las actuales políticas migratorias facilitan el abuso. A fin de remediar estas graves violaciones a los derechos, las autoras recomiendan, entre otras cosas, garantizar la igualdad de derechos de las TCP con el resto de los trabajadores en lo relativo a la extensión de la jornada laboral, sin que medie un régimen de gradualidad, y diseñar y establecer un sistema que permita una efectiva fiscalización de parte de la Inspección del Trabajo de las condiciones de trabajo y habitación en que se desempeñan las TCP.

La problemática de los pueblos indígenas en Chile y el respeto de sus derechos humanos ha sido una constante de los diversos *Informes*. En este año se quiso analizar dos aspectos centrales de ella y que han sido además objeto de intenso debate público: la política de entrega de tierras y la exigencia de mecanismos de consulta libre, previa e informada respecto a los asuntos que afecten a los pueblos y comunidades indígenas en el contexto de proyectos de inversión en el norte de Chile.

La investigadora Antonia Rivas aborda el primer tema en el capítulo titulado “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile”. En él se analizan los estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del Estado, las situaciones especiales de cada pueblo indígena, y los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas de entrega de territorios. El estudio concluye afirmando que, lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, así como las múltiples recomendaciones e informes formulados por diversos órganos internacionales para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el Estado y la sociedad chilena. Junto con ello, las deficiencias de la legislación y en la política pública, en particular la operación deficiente del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI y la demora en la titulación de las tierras fiscales, indican que se trata de una política pública fuertemen-

te expuesta a presiones políticas, poco transparente, que no permite un control sobre los recursos públicos invertidos ni sobre los procedimientos utilizados para la restitución de territorios reivindicados por los pueblos indígenas. Se señala también que se trata de una política pública fuertemente reactiva a los conflictos ocasionados por algunas comunidades indígenas, basada en criterios mercantiles, que no tiene un procedimiento estructurado y transparente que permita dar solución definitiva a los problemas territoriales de los pueblos indígenas. Y, junto con ello, la sostenida negativa a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios no permite augurar una mejor relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile. A fin de avanzar en la solución de estas demandas, se recomienda generar un proceso participativo, impulsando un diálogo con las comunidades indígenas del país, especialmente con el pueblo mapuche, para establecer las demandas de territorios, las políticas públicas de restitución de territorios y recursos naturales; incrementar los presupuestos destinados al Fondo de Tierras de CONADI, de modo de agilizar la restitución a los pueblos indígenas de las tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados; y considerar la utilización de nuevos mecanismos como la expropiación por causa de interés público, con el fin de garantizar la celeridad y efectividad de la acción del Estado en la restitución de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas.

La exigencia de una consulta previa, libre e informada (CLPI) respecto a los actos que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas es el tema desarrollado por los investigadores Alonso Barros y Judith Schönsteiner en el capítulo “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”. El capítulo analiza, a la luz de la normativa internacional, especialmente del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI), y los estándares para empresas en materia de derechos humanos, la CPLI en relación a proyectos de inversión mineros en Chile; revisa el cumplimiento por Chile de las obligaciones internacionales en los procesos de adopción del reglamento del SEIA (DS 40), así como en el proceso de la “Mesa de Consenso” que reglamentó (mediante el DS 66) la CPLI en reemplazo del Decreto 124 de MIDEPLAN; y evalúa en qué medida dichos reglamentos están conformes al derecho internacional y si le permiten a Chile sostener ante la comunidad de naciones que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en la materia. Se concluye que, tanto los procesos de elaboración de esos instrumentos como en lo sustantivo no se satisfacen los estándares impuestos por el derecho internacional. Ante esto, se recomienda dar

prioridad a la adecuación a los estándares internacionales de la regulación sobre CPLI e inversiones; especialmente, que se obligue a la CPLI de *todos* los actos administrativos y legislativos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Además, el capítulo analiza los estándares requeridos por parte de los inversionistas, especialmente en los casos que el Estado no cumple con su deber de garante de los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, se recomienda que las empresas mineras debieran cumplir con los estándares internacionales aun en situaciones en las que el Estado no requiere la consulta, tales como el otorgamiento de concesiones, derechos de aguas, o exploraciones.

Para el Centro de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la UDP ha sido una constante preocupación el análisis de la situación de nuestro sistema carcelario y las políticas criminales desde la perspectiva de los derechos humanos. Este *Informe* no es la excepción: en el trabajo de los investigadores Olga Espinoza, Fernando Martínez y Guillermo Sanhueza, “El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: La percepción de las personas privadas de libertad”, se aborda la situación de los derechos humanos en el sistema penitenciario de Chile, a partir del análisis de la relación entre política penitenciaria y derechos humanos, durante el último lustro, desde la doble perspectiva de los estándares normativos internacionales y de la opinión de las personas privadas de libertad. De esta forma, se logra contrastar el marco jurídico y de política pública, con los datos obtenidos a través de una encuesta de auto reporte, para establecer algunas hipótesis y delinear conclusiones y recomendaciones. En lo central se concluye que en Chile los avances en materia penitenciaria aún distan de ordenarse en un diseño de política pública integral, capaz de traducirse en una mejor satisfacción de las necesidades de las personas privadas de libertad y, con ello, en un mayor ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos. Se señala que persisten problemas graves, como la sobrepoblación y consecuente hacinamiento de los internos en una considerable cantidad de cárceles. La mantención de este problema revela una inadecuada política estatal en materia de infraestructura penitenciaria, pero, por sobre ello, la carencia de una política criminal dirigida a potenciar los sistemas semiabiertos (Centros de Educación y Trabajo) y abierto. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, fortalecer y diversificar los mecanismos de control externo de la ejecución penal, potenciando el rol del Programa de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, así como intensificar el control jurisdiccional e instalar el Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura; aumentar la inversión en mejorar la formación del personal institucional, tanto de oficiales como de suboficiales, así como del personal técnico. Ello incluye seguir incorporando transversalmente un enfoque de derechos humanos en la

formación de los gendarmes, avanzando hacia una mayor coherencia con la misión institucional (no solo de custodia, sino también de re-inserción) y hacia el desarrollo de perfiles de carrera diferenciados y oportunidades de formación permanente para su personal.

El análisis, desde una perspectiva de los derechos humanos, de los organismos genéticamente modificados (OGM) es el tema que aborda la investigadora Ignacia Mewes en su capítulo “Medio ambiente y derechos humanos: Organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal”. En él se identifican y analizan los principales aspectos involucrados en el debate generado en torno a la utilización de organismos genéticamente modificados en la agricultura, y los riesgos socioeconómicos y ambientales que su empleo genera, así como las preocupaciones que surgen del consumo de este tipo de alimentos, incluyendo aquellos que contienen algún ingrediente o aditivo de esta naturaleza. Al respecto, el capítulo destaca la falta de transparencia que existió por años en nuestro país respecto de los cultivos transgénicos autorizados por el SAG, los pocos espacios de participación con que cuenta la ciudadanía, las carencias regulatorias e institucionales existentes en la materia, así como las dificultades que plantea para la conservación de nuestro patrimonio genético y para los derechos de los pequeños agricultores y comunidades indígenas la adhesión de Chile a la versión 91 del Convenio UPOV. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, ratificar el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, dictar una Ley de Bases de Bioseguridad que sea fruto de un amplio consenso político y ciudadano, y dictar en el más breve plazo los reglamentos y resoluciones que están pendientes y que son necesarios para aplicar disposiciones legales relevantes en esta materia.

Una de las áreas más relevantes de la labor del Centro de Derecho Humanos de la UDP, manifestada en la existencia de una Clínica de Migrantes y Refugiados y en capítulos de *Informes* anteriores, es la realidad de migrantes y refugiados en Chile. En este año, el capítulo “Derechos de los migrantes y refugiados” fue elaborado por los investigadores Patricio Rojas y Víctor Hugo Lagos, los que realizan un diagnóstico de la situación actual de las personas migrantes y solicitantes de refugio que residen en el país, examinando, por una parte, las principales vulneraciones de derechos humanos producto de una normativa legal desactualizada y cómo se han abierto, estos últimos años, alternativas para la efectiva protección de estos derechos y, por otra parte, realizando un análisis acerca de la efectividad de la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados en el país desde 2010. Se concluye, en base al tratamiento que los migrantes reciben por parte de la administración del Estado, que Chile necesita un cambio legislativo en la materia para responder al fenómeno migratorio actual. Chile

carece actualmente de una política migratoria clara y con un enfoque de derechos humanos, implementando soluciones parche que no han tenido una debida aplicación en los casos que lo ameriten. En materia de refugio, si bien la entrada en vigencia de la Ley 20.430 significó un gran avance en lo relativo a la temática y en general de la legislación relativa a los derechos humanos de las personas extranjeras en nuestro país, su aplicación, al menos hasta el 2013, no fue satisfactoria respecto a los estándares de derechos humanos, lo que provoca que Chile vulnere los instrumentos internacionales ratificados. En base a lo anterior, se recomienda que el Estado de Chile lleve a cabo un nuevo marco regulatorio en materia de migración, el que en su discusión y aprobación debe incorporar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos de tratados; en materia de protección de refugiados, es necesario que elimine las prácticas arbitrarias que limitan el ejercicio pleno del derecho al asilo. Por último, se recomienda corregir las prácticas discriminatorias en frontera por parte de la PDI, en particular mejorando el monitoreo y la capacitación de los funcionarios.

En el *Informe 2013* se abordó una temática novedosa, al menos en Chile, en materia de derechos humanos: la salud mental como derecho humano. Este año, profundizando esta línea, las investigadoras Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, en su capítulo titulado “Derecho a la salud mental: La infancia olvidada”, estudian cómo el Estado cumple sus obligaciones en esta materia particular. Para ello, el capítulo examina la situación relacionada con el estado de salud mental de niños, niñas y adolescentes (NNA) chilenos/as, analizando la oferta de programas públicos y las posibilidades de acceso a la promoción y a la atención en salud mental. Se concluye que los resultados son dramáticos y se constata la presencia de importantes inequidades sociales, que, mediante procesos de discriminación, impiden el acceso oportuno, equitativo y de calidad, vulnerando con ello los derechos de NNA. De esta forma, se afirma, el Estado está en deuda con un derecho que es fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos. A fin de remediar lo anterior, se recomienda, entre otras cosas, destinar más recursos para la prevención, promoción y atención en salud mental infanto juvenil de acuerdo con las características del sistema de salud del país y las necesidades de la infancia, evitando la discriminación social que hoy atraviesa la provisión de este servicio; elaborar una ley de protección integral de derechos de la infancia que incorpore dentro de su normativa la salud mental de NNA; y elaborar una política nacional de salud mental infanto-juvenil que establezca los recursos y mecanismos por los cuales se hacen efectivos y reclamables los derechos de NNA.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son también materia de preocupación del capítulo de las investigadoras Camila de la Maza

y María Paz Riveros, titulado “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Su estudio se enfoca en el sistema de protección de derechos de NNA en Chile, observando la política pública infanto juvenil, a través de las normas que la conforman y el modo de operar del sistema, preguntándose si estos han dado una respuesta acorde a las recomendaciones que distintos organismos de derechos humanos han formulado a Chile, de acuerdo a las obligaciones que el Estado ha contraído. Se focaliza también en la situación de aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias. De este estudio se concluye que el Estado actúa aún a partir de la doctrina de la situación irregular, luego de 24 años de ratificada la Convención de Derechos del Niño, no logrando adaptar sus normas y sus prácticas a la protección integral de derechos; que no existe intervención estatal integral y sistemática que mire a la infancia como un todo, habiendo una carencia de una institucionalidad que pueda formular y aplicar la política pública, lo que se manifiesta, entre otras cosas, en que el Estado no cuenta con estadísticas que le permitan conocer exhaustivamente la situación real de los NNA intervenidos. Y, en materia de residencias, se concluye que aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias, están en una situación de grave vulneración de derechos. La constatación de estas realidades fundamenta que se recomiende dictar una ley de promoción y protección integral de derechos, derogando la actual Ley de Menores; fortalecer institucionalidad infanto juvenil con mayores atribuciones y presupuesto para que pueda efectivamente articular la política pública y realizar un adecuado trabajo intersectorial que permita un abordaje integral de las necesidades de NNA. Y en cuanto al sistema residencial, se señala que es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional, y en consecuencia se apliquen causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen, determinando plazos para internación y efectivo control de la judicatura sobre ellos.

Otro aspecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes que aborda el presente *Informe* es la cuestión de cómo el sistema educativo integra la realidad de los estudiantes con discapacidad. Las investigadoras Pilar Muñoz y Liliana Ramos, en su trabajo “El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile”, analizan aspectos relativos a la implementación de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CDPCD) en Chile, particularmente en lo referido al derecho a la educación en el sistema escolar, en los niveles de educación básica y media. El informe muestra que, si bien en Chile se evidencian avances respecto de los desafíos educativos planteados por la Convención, existen vacíos

importantes que deben ser abordados para asegurar el acceso y permanencia de las personas en situación de discapacidad en sistemas escolares inclusivos y con foco en el aprendizaje de todos y todas. Estos vacíos se agudizan por la ausencia de disposiciones legales efectivas que aseguren los mandatos de la CDPcD en materia de educación y por la presencia de instrumentos legales que no se ajustan a su enfoque sobre discapacidad y educación inclusiva. Se afirma que la realidad chilena es la de un país que mantiene un sistema de educación segregado para NNA con discapacidad, el cual convive con un sistema escolar común que, en forma parcial y voluntaria, ofrece algunos espacios para que estudiantes con discapacidad puedan ser parte de él. Para ajustar esta realidad a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, se recomienda, entre otras cosas, alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la CDPcD. La Ley 20.422 debiera ser más robusta al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva, que asegure la no discriminación por motivos de discapacidad; urge la creación de políticas que hagan valer los planteamientos de la CDPcD y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; y el Decreto 170 debiera reformularse, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta, que asocia en forma directa las necesidades educativas especiales a la presencia de déficits o trastornos. También aparece como necesario instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial puede actuar colaborativamente, pero no como responsable.

Otra temática que ha sido constante en los *Informes* anteriores son los derechos de las personas LGTBI. En este año, los investigadores Juan José Álvarez y Tomás Vial, en el capítulo “Homoparentalidad en Chile y derechos humanos”, abordan cómo el Estado asegura el igual ejercicio de la parentalidad y maternidad en Chile, tanto en filiación y adopción como en procesos de fertilización asistida, de hombres y mujeres gay, lesbianas y trans. Se concluye que hoy la normativa chilena desconoce y niega ese derecho a esa parte de la población chilena, lo que constituye una infracción a los compromisos que Chile ha tomado con la comunidad internacional. Para remediar esta situación, se recomienda establecer, tanto en el proyecto de Acuerdo de Vida Pareja como en cualquier proyecto futuro de matrimonio igualitario, la igualdad de condiciones de parejas del mismo sexo con las heterosexuales en materia de cuidado y tuición de los hijos; la dictación de una ley que asegure a todas las personas un igual acceso a las técnicas de fertilización asistida, incluyendo a las personas LGTBI y a las parejas del mismo sexo; y modificar la ley de adopciones en el sentido expreso

de reconocer a las personas LGTBI como posibles adoptantes y, en el caso de parejas del mismo sexo, que su tratamiento sea igual al de las heterosexuales.

La publicación del *Informe de Derechos Humanos 2014* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos que este contiene, así como el de numerosos ayudantes alumnos de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y a todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece en particular a Susana Kuncar, periodista de la Facultad de Derecho, sin la cual el *Informe* no podría ser difundido, y el valioso trabajo de organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Sergio Missana, que tendrá siempre algo que decirnos sobre nuestra forma de escribir y en ayudarnos a transmitir mejor nuestro análisis, y la generosa colaboración de los ayudantes Sebastián Latorre e Israel Meliqueo en este aspecto. Se agradece, finalmente, a Felipe Gana y Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valioso apoyo en la edición de este *Informe*, así como a la misma Universidad por apoyar económicamente su publicación.

Dr. Tomás Vial Solar
Editor General

Dra. Judith Schönsteiner
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

**TERRITORIOS
INDÍGENAS Y
POLÍTICA
PÚBLICA DE
ENTREGA DE
TIERRA EN
CHILE¹**

¹ Capítulo elaborado por Antonia Rivas con la colaboración comprometida de los ayudantes Claudia Arancibia, Víctor Hugo Fuentes y Jorge Brower.

SÍNTESIS

Este capítulo analiza los estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, para contrastarlos con los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del estado de Chile destinada a la entrega de territorios y las situaciones especiales de cada pueblo indígena. Se examinan los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas públicas de entrega de territorios en Chile, para finalizar con una serie de recomendaciones.

PALABRAS CLAVES: Pueblos indígenas, Tierras, Territorios.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo del *Informe* estará abocado a analizar la situación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Chile. La importancia de esta materia para las demandas indígenas, y lo crucial que ha sido en el desarrollo de la relación de estos pueblos con el Estado de Chile, fundamentan esta decisión. Un análisis de la cobertura de prensa sobre las demandas expresadas por los indígenas y las políticas públicas relativas a ellos, sugiere que el problema de la entrega de territorios (y también de agua y recursos naturales) se ha constituido en un eje crucial de las relaciones entre el Estado y pueblos indígenas, especialmente de las conflictivas relaciones con el pueblo mapuche.

La Ley Indígena 19.253 reconoce a nueve pueblos indígenas: aymara, atacameño, quechua, colla, diaguita, mapuche, rapanui, kawésqar y yámana o yagán. Todos estos pueblos, que habitan de norte a sur del Chile, mantienen una relación especial y distinta con el territorio en el que habitan. Si bien sus demandas territoriales son similares—todos piden restitución de sus territorios ancestrales, de los que fueron despojados—,² las relaciones históricas con el Estado de Chile han sido distintas y así también son diferentes las posibles soluciones. De este modo, mientras en el caso de los pueblos indígenas del norte del país, y en Rapa Nui, la mayoría de las tierras reivindicadas son de propiedad del Estado, es decir, son fiscales, la mayor cantidad de tierras reivindicadas por el pueblo mapuche se encuentran en manos de privados, lo que influye fuertemente en el camino que han seguido las relaciones con el Estado.

El ex relator especial de pueblos indígenas de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, señaló en 2003 que “los derechos de propiedad a la tierra y la territorialidad constituyen uno de los problemas históricos más graves que afectan a los pueblos indígenas en Chile, ya que son el resultado de un largo proceso de despojo de sus tierras

² Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas*, 2003.

y recursos”.³ Múltiples actores en estos conflictos consideran esos derechos como el factor crucial para resolverlos. Así lo señala el intendente de La Araucanía, Francisco Huenchumilla, quien sostiene que el problema del Estado con el pueblo mapuche “no tiene solución si no se resuelve el problema de la tierra”.⁴

Sin embargo, a pesar de su importancia, constatamos un desconocimiento de la opinión pública acerca de cuáles son las tierras indígenas, los mecanismos de restitución y entrega de tierras, los presupuestos destinados a ello y las funciones de la Corporación de Desarrollo Indígena (en adelante, CONADI), entre otros temas relacionados con los territorios indígenas.

En esta materia se cruzan los mitos fundacionales del establecimiento de la nación chilena⁵ con prejuicios y estereotipos.⁶ Como señala el intendente Huenchumilla, se trata de que “tanto la sociedad mayor como la mapuche se acepten en sus diferencias: que la sociedad mayor entienda que la diversidad fortalece al Estado y que la sociedad mapuche entienda que la sociedad mayor no la quiere seguir aplastando ni discriminando. Se trata de un cambio cultural mayor, donde empezemos a contar la historia verdadera”.⁷

Este informe analizará estos temas, contrastándolos con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en materia de territorios indígenas. En la actualidad hay un consenso internacional en torno a que los pueblos indígenas mantienen una relación, un vínculo especial, con sus territorios. Así lo señalan los instrumentos internacionales en la materia y diversos fallos judiciales, tanto nacionales como internacionales,⁸ que analizaremos. Esta cuestión no se refiere únicamente al espacio geográfico, a la tierra en la que habita el un pueblo indígena, sino que también a la relación milenaria con su hábitat natural, donde la totalidad –de la que el ser humano es parte– es una categoría esencial.

3 Relator especial de pueblos indígenas de las Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen, NN.UU/CDH 2003.

4 Entrevista personal al intendente de la Región de la Araucanía, Francisco Huenchumilla, Temuco, 4 de julio de 2014.

5 Martín Correa y Eduardo Mella, *Las razones del “illkun”enojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco*, Santiago, Lom Ediciones y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2010.

6 Maite Cea (comp.), *La omisión a la diferencia. Elites, discriminación y reconocimiento de pueblos originarios en Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2013.

7 Huenchumilla, op. cit.

8 Convenio 169 de la OIT, art. 13.1; Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, art. 24; Ley de Desarrollo Indígena 19.253, art. 1; Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni contra Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79; Corte IDH, *Comunidad indígena Yake Axa contra Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 6 de febrero 2006, Serie C No 125 ; Corte IDH, *Saramaka contra Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172; Corte Suprema de Chile, sentencias *Toconce contra ESSAN*, 2003 Rol 986-2003, y *Agua Mineral Chusmiza contra Comunidad Indígena Chusmiza-Usmagama*, 2008 Rol 2840-08.

Por ello, en el reconocimiento y protección de la territorialidad indígena y de la propiedad ancestral sobre ella se juegan muchas más cosas que lo que sugiere la propiedad clásica, considerada como relación patrimonial de dominio sobre una cosa. En este contexto, lo protegido es en definitiva la supervivencia de los indígenas como pueblos diferenciados. Así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH): “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”.⁹

En Chile, a pesar de los compromisos e iniciativas de los gobiernos posteriores a la dictadura, aún no existe un reconocimiento constitucional de los nueve pueblos indígenas reconocidos por la Ley Indígena, ni tampoco a sus territorios o derechos colectivos específicos reconocidos por los instrumentos internacionales. La promulgación de la Ley 19.253 que Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas en octubre de 1993, la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas (en adelante, Convenio 169) y de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2008, han representados importantes avances, pero que resultan aún insuficientes en materia de territorios indígenas, como se argumentará en este informe.

Este capítulo analizará estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del Estado y las situaciones especiales de cada pueblo indígena. Luego se examinarán los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas de entrega de territorios, para finalizar con una serie de recomendaciones.

Aunque revisten la mayor importancia, el acceso de los pueblos indígenas a los recursos naturales en sus territorios, y las políticas públicas de apoyo al desarrollo productivo en las tierras adquiridas, transferidas o regularizadas a favor de indígenas, no son objeto de este capítulo.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS

La protección del territorio indígena ha sido central en el derecho internacional de los derechos humanos, reconociendo el vínculo indis-

⁹ Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párr. 120, letra c.

luble que hay entre la condición de pueblo indígena y los territorios de estos, como condición indispensable para su existencia. Este derecho a los territorios ha sido reconocido como un derecho eminentemente colectivo, que es ejercido por el pueblo indígena y no solo por individuos pertenecientes a este. Así lo ha entendido, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “Para muchas culturas indígenas, la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales para el control y el uso del territorio es esencial para su supervivencia, así como para su bienestar individual y colectivo. El control sobre las tierras refiere tanto a su capacidad de suministrar recursos que sustentan la vida y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo”.¹⁰

El derecho y la jurisprudencia internacional han configurado lo que podría denominarse un régimen de protección de la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas. Los conceptos de propiedad y posesión propios de los indígenas difieren del concepto tradicional de propiedad privada, en la medida en que los primeros tienen una dimensión colectiva, “en el sentido de que la pertenencia de [la propiedad] no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.¹¹ Para los pueblos indígenas la propiedad comunitaria es indispensable para garantizar su supervivencia como pueblos.¹²

1.1. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT

La centralidad de los derechos territoriales para los pueblos indígenas fue recogida en el Convenio 169, ratificado por Chile en 2008, tras casi dos décadas de discusión en el Congreso Nacional. Con ello incorporó inequívocamente al ordenamiento jurídico interno un conjunto de principios, derechos y obligaciones respecto a los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile.

El Convenio 169 resalta el deber que tienen los gobiernos de reconocer “la importancia de la tierra para las culturas indígenas, asumiendo que el concepto tierra incluye el de territorios”. Este “reconoce el derecho colectivo de propiedad basado en títulos ancestrales y establece el deber del Estado de proteger tales derechos”.

Respecto de los recursos naturales, se consagra el derecho a la “utilización, administración y conservación de los mismos”, considerando

¹⁰ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. Capítulo. IX. Temas de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país*. OEA. Estudio país. Documento 10. 24 de abril 1997.

¹¹ Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párr. 89; Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni contra Nicaragua*, op. cit., párr. 149; y Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C N° 245, párr. 145.

¹² *Ibid.*, párrs. 146 y 212.

también el derecho que tienen a ser “consultados por la eventual utilización de sus recursos naturales, y participar de los beneficios que corresponda. Finalmente, el Estado debe velar por la protección de los recursos naturales de los pueblos indígenas de su uso indebido”.

El Convenio 169 otorga un alcance mayor a la protección de los derechos indígenas a la tierra y, en general, a los recursos naturales, estableciendo obligaciones al Estado en cuanto al otorgamiento, protección y compromiso con los indígenas en esta temática. Es importante recalcar que el concepto de tierra se utiliza ampliamente. Así, “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 u otra manera”.

El artículo 13 recalca la obligación que tienen los Estados de respetar la especial importancia que para las culturas y valores espirituales indígenas tiene su relación con la tierra, lo cual se condice con lo señalado en el artículo 14.1, el cual expresa que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho a la propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (...) y 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”. El objetivo de esta norma es “garantizar la continuidad de un modo de vida fundado en una particular relación con la tierra, que requiere el reconocimiento de diversos grados de intensidad en el uso de la misma”.¹³ El artículo 14.1 se refiere a tierras que “tradicionalmente ocupan”. Ello significa que no solo se están protegiendo tierras ancestrales ocupadas en la actualidad, sino que también tierras ocupadas recientemente, respecto a situaciones de despojo y/o desplazamiento forzado.¹⁴

El numeral 2 del artículo 14 señala que “los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. El numeral 3 del mismo artículo declara que “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. El término *reivindicar* implica “reclamar o recuperar alguien lo que por razón de dominio, cuasi dominio u otro motivo le pertenece”.¹⁵

El Convenio 169 otorga un valor vital a las tierras indígenas, en razón de la importancia espiritual y trascendental que los mismos pueblos les han otorgado a lo largo del tiempo; las políticas relativas a estas tierras

¹³ José Aylwin y otros, *Los pueblos indígenas y el derecho*, Santiago, Lom Ediciones, 2014, p.376.

¹⁴ *Ibid*, p.377.

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española.

están basadas en la idea de restitución de tierras, en contraposición al concepto de entrega u otorgamiento que contiene la Ley 19.253.

1.2. Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Esta declaración, acordada el 13 de septiembre de 2007, con el voto conforme del Estado de Chile, contiene un catálogo de derechos indígenas aplicables a todo ámbito: económicos, sociales, educacionales, culturales y medioambientales.

La protección de las tierras es considerada como trascendental en el derecho internacional de los derechos humanos. Al igual que el Convenio 169, la Declaración le otorga a las tierras una importancia cultural.

La Declaración, en su artículo 26.1, señala expresamente que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”. De esta disposición se puede deducir que el derecho que ostentan los indígenas respecto de sus tierras es de gran alcance, al que los Estados no deberían establecer limitaciones al punto de convertirlo en un derecho relativo.

El mismo artículo 26.3 establece que “los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

El artículo 27 señala que los Estados “establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de las tierras de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

1.3. Resumen del derecho internacional

En resumen, de conformidad con el derecho y la jurisprudencia internacional vigentes, para garantizar la efectiva protección del derecho a la propiedad de las tierras y los territorios que los pueblos indígenas han ocupado, poseído o utilizado tradicionalmente, los Estados deben, por lo menos, cumplir los siguientes deberes:

- a. Respetar y proteger el derecho de los pueblos indígenas de mantener y fortalecer la relación espiritual que tienen con sus tierras,

- territorios y recursos naturales, como aguas y mares costeros (artículo 25, Declaración);
- b. Reconocer y adjudicar jurídicamente las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado en forma tradicional. Este reconocimiento debe respetar las leyes, costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia y transferencia propios de los pueblos indígenas (artículo 27, Declaración);
 - c. Adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas así como para evitar todo traslado forzado (artículo 8.2, Declaración);
 - d. Tener en cuenta que todo traslado de población requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados (artículo 10, Declaración);
 - e. Realizar consultas previas, libres e informadas, con el fin de obtener el reconocimiento de los pueblos, antes de iniciar cualquier tipo de proyecto en tierras y territorios indígenas (artículo 6, Convenio 169; artículos 6, 19 y 32, Declaración);
 - f. Tomar todas las medidas necesarias para mitigar los impactos sobre el medio ambiente y sobre los sitios sagrados y culturales de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que, antes de otorgar concesiones, los Estados deben supervisar la realización de estudios de impacto ambiental y social, por entidades independientes y técnicas, de conformidad con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes; dichos estudios deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos;¹⁶
 - g. Asegurar el derecho de los pueblos indígenas a conservar y proteger la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos (artículo 29.1, Declaración);
 - h. Proteger especialmente los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas y la capacidad productiva de las tierras, territorios y recursos naturales, lo que implica respetar el derecho que tienen estos pueblos a participar en el uso, administración y conservación de dichos recursos, así como a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 15, Convenio; artículos 29, y 32, Declaración);
 - i. Tener en cuenta que, aunque los recursos del subsuelo existentes en las tierras de los pueblos indígenas sean de propiedad del Estado, los pueblos tienen derecho a ser consultados antes de au-

¹⁶ Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párr. 129; Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, op. cit., párrs. 205 y 206.

torizar o emprender la prospección o explotación de dichos recursos; asimismo, tienen derecho a participar en los beneficios de tales actividades (artículo 15.2, Convenio);

- j. Abstenerse de otorgar permisos o concesiones para realizar proyectos de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el uso y goce de las tierras y territorios de los pueblos indígenas y tribales si no se cuenta con el consentimiento libre, previo e informado de dichos pueblos;¹⁷
- k. Asegurar la restitución o reparación justa cuando los pueblos indígenas hayan perdido sus tierras y territorios debido a procesos de desarrollo nacional o cuando sus tierras y territorios hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado (artículos 20.2 y 28, Declaración).

La Corte IDH ha señalado¹⁸ que, cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, tales como las que se derivan de las concesiones para la realización de proyectos de explotación de recursos naturales, deben asegurar que:

- a. Las situaciones en que puede restringirse o limitarse el uso y goce de las tierras, territorios y recursos naturales estén previamente consagradas en una ley;
- b. La restricción o limitación en el ejercicio del derecho a la propiedad sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales tenga por finalidad el logro de un objetivo legítimo;
- c. La restricción o limitación sea necesaria para el logro de dicho objetivo;
- d. La restricción impuesta sobre el ejercicio del derecho a la propiedad comunitaria sea proporcional al logro del objetivo propuesto; la limitación del ejercicio del derecho no implique la denegación de la subsistencia como pueblo.

Para asegurar que la limitación o restricción en el ejercicio del derecho al uso y goce de la tierra y el territorio no implique la denegación de la subsistencia como pueblo, los Estados deben:

- a. Asegurar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, según sus usos y

¹⁷ Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párr. 134.

¹⁸ *Ibid.*, párr.128; Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, op. cit., párr. 156.

- costumbres, en la decisión de dar un determinado uso a las tierra, territorios y recursos de los pueblos, como llevar a cabo planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción en su territorio;
- b. Compartir razonablemente los beneficios que se produzcan con la explotación de los recursos naturales o con el plan o proyecto que se va a ejecutar en sus territorios;
 - c. Garantizar que no se autorizará ninguna concesión en su territorio antes de que entidades independientes y técnicamente capaces realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.¹⁹

Según el razonamiento de la Corte IDH, el cumplimiento de estas garantías permite preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen los miembros de los pueblos indígenas con su territorio y, en particular, con sus recursos naturales, lo que a su vez garantiza su subsistencia como pueblo.

2. SITUACIÓN DE CHILE EN MATERIA DE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS

2.1. Contexto histórico

La irregularidad de la ocupación de la tierra por parte de los pueblos indígenas se produce por razones diversas. En lo fundamental, la historia de la constitución de la propiedad de la tierra en Chile está íntimamente ligada al proceso de formación del Estado nación chileno, con enormes implicancias en la vida de los pueblos ancestrales que habitaban estos territorios. Desde la declaración de independencia hasta la definitiva ocupación chilena de la Araucanía (consolidada con la creación de las provincias de Cautín y Malleco en 1887) y la toma de posesión de Isla de Pascua en 1888, la definición de la propiedad de la tierra fue atravesada por complejas estrategias de ocupación del territorio y de asimilación de la población indígena a la chilena.

En una rápida síntesis, se puede ordenar la legislación en cuatro períodos:²⁰

a) La radicación: este proceso se extiende entre 1813 y 1927 y se caracteriza por la dictación de una serie de decretos y leyes que buscaban la sedentarización de las comunidades mapuches, a través de la adjudicación de propiedades con delimitaciones formales y declarando fiscales las tierras que no correspondían a los predios materialmente ocupados por las comunidades. En este período se originaron los llamados títulos de merced y títulos de comisario. El período estuvo marcado asimismo por legislaciones contradictorias, algunas de las cuales per-

¹⁹ *Ibid.*, párr. 157; Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párrs. 128, 129 y 130.

²⁰ Al respecto, existe mucha información disponible. Para una visión completa del proceso, ver Aylwin y otros, op. cit.

mitían la venta de tierras indígenas, mientras que otras la prohibían, generándose con ello un proceso de pérdida de territorio y de confusión entre las comunidades sobre la real situación jurídica de sus tierras. En este tiempo se generaron alrededor de 2.900 propiedades indígenas comunitarias (títulos de merced) sobre aproximadamente 500 mil hectáreas, en territorios de las actuales Regiones VIII, IX y X.²¹

b) División de las tierras indígenas: este período se inicia con la Ley 4.169 de 1927. Esta permitió que los títulos de merced fueran divididos cuando uno solo de los comuneros así lo solicitara. Una ley posterior creó los denominados Juzgados de Indios y permitió que la subdivisión fuera realizada de oficio por un juez. Se estima que, como consecuencia de estas leyes, a lo menos el 25% de las tierras entregadas en títulos de merced quedaron en manos de particulares no indígenas.²² También se dictó la denominada Ley de Propiedad Austral, que tuvo como principal consecuencia revalidar títulos de dominio constituidos por no indígenas sobre propiedad indígena. Como consecuencia de ello, se afectaron los títulos de comisario y se perdieron títulos de merced completos, algunos en manos de particulares y otros del fisco, cuando el Estado no reconoció los títulos exhibidos por algunos particulares sobre predios ocupados por indígenas.

c) Reforma y contrarreforma agraria:²³ este período se inicia en 1967 con la Ley 16.640 y termina en 1993 con la Ley 19.253. Comprende dos procesos contradictorios: la reforma agraria, que buscó generar una redistribución de la propiedad de la tierra a través de la expropiación de predios a grandes propietarios para ser entregados normalmente a los campesinos que los trabajaban, y la contrarreforma, que tuvo por objetivo restituir los predios expropiados a sus propietarios anteriores o a otros que participaron en subastas públicas convocadas al efecto. La entrega y posterior pérdida por parte de indígenas de propiedades comprometidas en los procesos de reforma y contrarreforma no se encuentran completamente documentadas, aunque algunos estudios señalan que, con el proceso de reforma, se habrían traspasado unas 19.326 hectáreas en la IX Región, beneficiando a 386 grupos familiares. También se han producido conflictos respecto a predios expropiados que originalmente correspondían a parte de títulos de merced y de los que las comunidades demandan su restitución. Dentro de este período, aun cuando jurídicamente corresponde a cuerpos legales distintos, se produjo el último proceso de subdivisión masivo de predios indígenas contenidos en títulos de

21 José Bengoa, *Breve historia de la legislación indígena en Chile*, Documentos Comisión Especial de Pueblos Indígenas, CEPI, 1990.

22 *Íd.*

23 Martín Correa, Raúl Molina y Nancy Yáñez, *La reforma agraria y las tierras mapuches: Chile 1962-1975*, Lom Ediciones, 2005.

merced, a través del procedimiento establecido en los Decretos Leyes 2.568 y 2.750. Estos cuerpos legales establecieron la subdivisión de la totalidad de los títulos de merced, entregando títulos de dominio individual a los comuneros. Estadísticas diversas estiman que, de un total aproximado de 2.918 títulos de merced otorgados a comunidades indígenas, 2006 habrían sido subdivididos, otorgando 70.713 títulos de dominio sobre 464.605,67 hectáreas.²⁴ En 1981, se aprobó el Código de Aguas (DFL 1.222), mediante el cual se posibilitó la concesión a privados, en particular a empresas mineras, de los derechos de aguas ancestrales de los aymara en el norte del país.

En 1979 se dictó el Decreto Ley 2.885, que consolidó la propiedad fiscal sobre tierras ancestrales de los rapanui en Isla de Pascua mediante el otorgamiento a los isleños de predios individuales.

d) Un cuarto período corresponde a la situación originada con la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, más conocida como “Ley Indígena”. Dicha ley fue el producto de la demanda de los pueblos indígenas, en particular del pueblo mapuche, los que se rearticulaban y fortalecieron su organización para hacer frente a las leyes y políticas asimiladoras impulsadas durante el régimen militar. Ha correspondido a CONADI, a través de su Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI), junto al Ministerio de Bienes Nacionales, impulsar acciones de ampliación, transferencia y regularización de tierras indígenas consideradas en la Ley 19.253.

2.2. Tierras indígenas bajo la Ley 19.253

Esta ley reconoce como tierras indígenas aquellas que poseen estos pueblos, ya sea por regulaciones o trasposos de tierras fiscales efectuados por el Estado a través del Ministerio de Bienes Nacionales, por compras de tierras efectuadas por CONADI, o por haber sido de su propiedad en virtud de otros títulos.

La Ley 19.253 destina el Párrafo 1 del Título II a la protección de las tierras indígenas. A grandes rasgos, identifica las consideradas como tierras indígenas, incorporando en esta categoría las que provienen de toda clase de títulos emanados del Estado, aquellas que por ocupación histórica sean inscritas a futuro en el registro de tierras creado por la ley, las que sean declaradas a futuro como pertenecientes a comunidades indígenas, y las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito del Estado (artículo 12). Estas tierras, que pueden ser de propiedad individual o colectiva, estarán exentas del pago de contribuciones. La ley establece además

²⁴ Mylène Valenzuela, *La política indígena del Estado chileno y la legislación mapuche*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1990.

que, “por exigirlo el interés nacional”, las tierras indígenas no podrán ser enajenadas, embargadas ni gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia (artículo 13). Tampoco podrán ser arrendadas en el caso de las tierras de comunidades, y solo por un plazo no superior a cinco años en el caso de las de propiedad individual. Además, solo podrán permutarse por tierras de no indígenas de similar valor, con la autorización de la CONADI, las que se considerarán tierras indígenas. La CONADI abrirá y mantendrá un registro de tierras indígenas, en el que se inscribirán las tierras de que trata el artículo 12 (artículo 15). En cuanto a la división de las tierras comunitarias provenientes de títulos de merced, la ley establece que se requerirá de solicitud formal al juez competente de la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios en ella (artículo 16), y que las tierras resultantes de la división de comunidades serán indivisibles, aun en el caso de sucesión por causa de muerte (artículo 17).

La ley promueve la ampliación de las tierras para los indígenas y sus comunidades, principalmente a través de un Fondo de Tierras y Aguas, creado para tal efecto (artículo 20). El artículo 15 establece que la CONADI se hará cargo de un Registro Público de Tierras Indígenas, donde se inscribirán todas las tierras mencionadas en el artículo 12 de la misma ley, y solo dicha inscripción otorgará la calidad de tierra indígena. El Decreto Supremo 150 del Ministerio de Planificación y Cooperación fija el reglamento sobre organización y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas.

Los objetivos centrales de la CONADI en esta materia se encuentran expresados en el artículo 20, y se resumen básicamente en el otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras (artículo 20 letra a), el financiamiento de mecanismos que den solución a problemas de tierras (artículo 20 letra b) y el financiamiento de la constitución, regularización o compra de derechos de aguas (artículo 20 letra c).

2.2.1. Fondo de Tierras y Aguas CONADI (FDTA)

Este fondo es financiado con la suma que se determine en la ley de presupuesto anual, que puede incrementarse por otros medios, enumerados en el artículo 21, como donaciones y otros recursos públicos. El Decreto Supremo 395, del 17 de mayo de 1994, que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, establece el modo de operación de este fondo. Este consiste en el otorgamiento de subsidios estatales para la adquisición de tierras, el financiamiento de mecanismos para la solución de conflictos relativos a las tierras y el financiamiento para la constitución, regularización o compras de derechos de aguas o de obras destinadas a obtener esos recursos.

2.2.2. Artículo 20, letra a) de la Ley 19.253. Subsidios para la adquisición de tierras

El objetivo de este fondo es otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, comunidades indígenas o parte de estas, cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, con aprobación de CONADI.

Para obtener este subsidio, se distingue entre postulaciones individuales y de comunidades. Para las postulaciones individuales el puntaje está dado por el ahorro previo, situación socioeconómica y grupo familiar. Para las postulaciones de comunidades, el puntaje se determina, además de los requisitos de la postulación individual, por su antigüedad y número de asociados.²⁵ En cuanto al subsidio para la adquisición de tierras, el artículo 2 del Decreto 395 señala que este consiste en un aporte estatal directo, sin cargo a restitución, y que se accederá a él mediante una postulación organizada por la CONADI, en que se debe acreditar la calidad de indígena. Por ello, “el FTAI distingue como único criterio de focalización el pertenecer a una etnia considerada en la Ley Indígena. Ni la Ley 19.253 ni el Decreto 395 señalan que el programa está dirigido a la población indígena más pobre. Tienen derecho a postular todos los indígenas que consideren tener derecho de uso o usufructo de tierras o aguas sobre las cuales reclamen titularidad y que evalúen sus tierras como insuficientes”.²⁶ Sergio Garrido, jefe del FDTA, señaló en una entrevista que una de las mayores dificultades ha sido determinar qué se entiende por tierra insuficiente: actualmente esto se determina a partir del factor de 0,3 hectáreas de riego básico por integrante del grupo familiar. “O sea, todos los postulantes que por integrante del grupo familiar tengan más de 0,3 hectáreas tienen tierra suficiente. Por lo tanto, bajo las 0,3 son tierras insuficientes”.²⁷ La suficiencia solo se evalúa en términos de disponibilidad productiva, lo cual es una limitación, al no considerarse otros factores como la existencia de bosque nativo o sitios ceremoniales, o la cercanía o lejanía del predio, entre otros.

Estos son los criterios legales que debe considerar la CONADI a la hora de determinar los beneficiarios de tierras. Luego se establece el monto de los subsidios (que actualmente es de 20 millones de pesos).²⁸ Los subsidios se asignan dentro de un plazo de 60 días a partir del cierre de la postulación. La CONADI otorga un certificado de subsidio para la adquisición de tierras.

²⁵ Ministerio de Planificación y Cooperación-Corporación Nacional Indígena, *Informe de síntesis Fondo de tierras y aguas indígenas*, p.1.

²⁶ *Ibid*, p.4

²⁷ Entrevista personal a Sergio Garrido, jefe del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, Temuco, 25 de junio de 2014.

²⁸ CONADI, Ministerio de Desarrollo Social, *Bases Reglamentarias del 14° Concurso Subsidio para la Adquisición de Tierras para Indígenas*, 2014.

La Unidad Operativa de la CONADI está encargada de la ejecución de los estudios correspondientes sobre subsidios adjudicados; el control y coordinación de la correcta aplicación del programa está a cargo del Departamento de Tierras y Aguas Indígenas de la Dirección Nacional de la CONADI. En definitiva, la CONADI debe aprobar la compra. Si considera que el predio no cumple las condiciones, tienen la facultad para rechazar su compra.

2.2.3. Artículo 20, letra b) de la Ley 19.253. Mecanismos que permiten solucionar los problemas de tierras

El objetivo del Fondo es financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas relativos a tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidas por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas. En este último caso, se trata de mecanismos para “posibilitar la adquisición de predios en conflicto derivados de tierras anteriormente reconocidas a indígenas por el Estado”.²⁹ Tienen el objetivo principal, como expresó el jefe del FDTA, “de recuperar tierras perdidas, de compensar la merma de territorios que tendría una comunidad indígena ya sea por tener menos tierra que la que señala el título de merced u otro título reconocido por el Estado, o porque alguien le corrió cerco, porque vendieron de mala forma hace 40 o 50 años atrás, porque la subdivisión de los títulos de merced efectivamente no se hizo acorde, y se perdió, y se les entregó hijuelas a personas no mapuches, porque se instaló un vertedero en la comunidad. Incluso hasta por construcción de carreteras, aeropuertos, vertederos, porque el río me llevó la tierra, porque un tsunami nos dejó la tierra bajo el nivel del mar, porque alguien vino y los engañó hace 50 años atrás, porque la subdivisión no me consideró”.³⁰

Anteriormente, el proceso utilizado para llevar a cabo la entrega de tierras regulada por el artículo 20 letra b) estaba regido por la Resolución Exenta 878 de 2003. Ello hasta que la Contraloría General de la República, en su Oficio 601011 de fecha 27 de septiembre de 2011, luego de un análisis jurídico, concluyó que esa resolución no se ajustaba a derecho, ya que el procedimiento que establecía ya se encontraba regulado en el DS 395, de manera que este servicio debía proceder a arbitrar las medidas necesarias para regularizar la situación antes indicada.³¹ Por ello, el director nacional de la CONADI, mediante la Resolución Exenta 1.847 de 2011, dejó sin efecto la Resolución Exenta 878, resolviendo que las solicitudes de comunidades

²⁹ Aylwin y otros, op.cit., p.167.

³⁰ Garrido, op. cit.

³¹ CONADI, Oficio 189 del 18 de febrero de 2014.

deben registrarse solo por el artículo 6° del DS 395, que reglamenta el Fondo de Tierras y Agua, pero que no establece un procedimiento claro de cómo debe operar.

El artículo 6 del DS 395 establece que, para la operación de mecanismos de financiamiento que permitan solucionar los problemas de tierras, 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 en favor de los indígenas, la persona o comunidad involucrada en algunas de las situaciones previstas precedentemente podrá recurrir a la dependencia que le correspondiere de la CONADI a fin de obtener recursos que le permitan solucionar en todo o en parte el problema que afecte sus posibilidades de acceder a la tierra. El Director de la CONADI, previo informe jurídico administrativo sobre cada una de las solicitudes, resolverá sobre la base de los siguientes criterios prioritarios: 1) número de personas o comunidades, 2) gravedad de las situaciones sociales para un alto número de familias o para toda una comunidad; 3) antigüedad del problema de magnitud en la comunidad respectiva. Estos criterios fueron determinados por los consejeros del Consejo Nacional de la CONADI, quienes, sin embargo, no determinaron la priorización de la compra.³² Se trata de una facultad discrecional del Director de la CONADI, quien determina finalmente a qué comunidades indígenas se les otorgará la aplicabilidad y cuáles se priorizan.

El procedimiento para solicitar y acceder a una compra de tierras a través del mencionado fondo, en la práctica, tras la derogación de la Exenta 878, incluye cuatro etapas. La primera comienza con el ingreso de la solicitud. El jefe de la oficina solicita el informe ocupacional, que establece la fundamentación de la ocupación actual, y el informe jurídico. Con estos antecedentes, la Fiscalía de CONADI declara la resolución de aplicabilidad favorable o negativa. En el primer caso, pasa a la siguiente etapa y, en el segundo, puede ser apelada y volver a iniciar el proceso. La segunda etapa es la de viabilidad, en que la comunidad debe señalar tres predios posibles priorizados, sobre los que se realizan los estudios de títulos y agronómicos. Si resulta viable la adquisición, se procede a la etapa de factibilidad. En esta se realiza la mensura y tasación y comienza la negociación del predio. Si no hay acuerdo, se vuelve a comenzar esta etapa con un predio alternativo. Si lo hay, se pasa a la última etapa, la de concreción. Esta

³² Entrevista personal a Ana Llao, consejera del Consejo Nacional de CONADI, Temuco, 9 de julio de 2014.

comienza con una resolución exenta que aprueba la compra y da inicio a los trámites para la adquisición e inscripción del predio.

El título VIII de la Ley 19.253, denominado “Disposiciones particulares”, contiene reglas específicas para cada uno de los pueblos indígenas del país, que analizaremos al momento de revisar la política estatal en materia de tierras y territorios indígenas en Chile.

3. POLÍTICA ESTATAL EN MATERIA DE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN CHILE. EVALUACIÓN

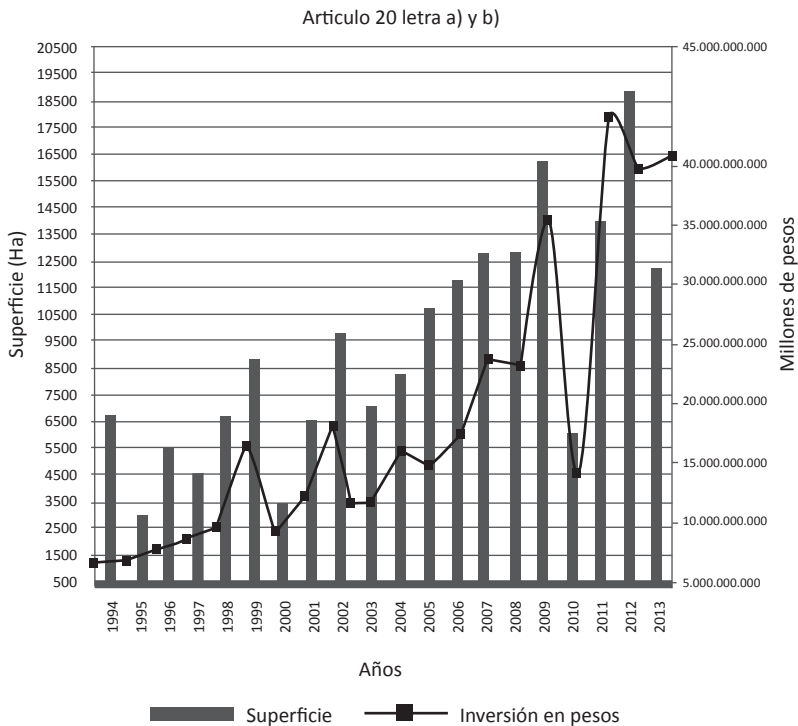
La política pública del Estado en materia indígena ha estado abocada fundamentalmente a abordar la problemática de las tierras indígenas, sobre todo a través de la acción de la CONADI y su Fondo de Tierras y Aguas, y la regulación de derechos del Ministerio de Bienes Nacionales. Se trata de una política pública que obedece y reacciona frente a una de las demandas centrales de los pueblos indígenas, no obstante que hoy muchos de ellos viven en las ciudades.

3.1. Presupuestos y tierras entregadas

En el período comprendido entre 1994 y 2013 la CONADI destinó más del 50% de sus recursos al Fondo de Tierras y Aguas, llegando entre 2000 y 2003 a destinar a este más del 70% de su presupuesto. Como se puede apreciar en cuadro histórico combinado de los artículos 20 letra a) y b) (Tablas 1, 2 y 3), bajo la vigencia de la Ley Indígena se han entregado en total 187.173 hectáreas de superficie, beneficiando a 16.141 familias, con una inversión monetaria que bordea los 275.714.809.751 pesos.³³

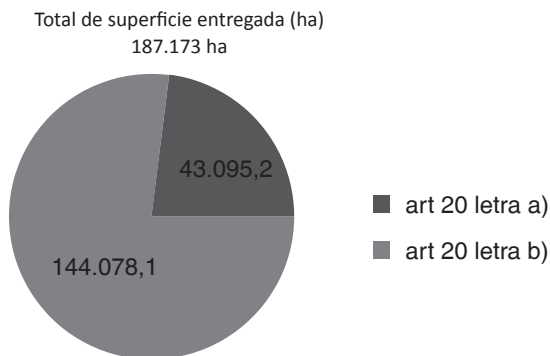
33 Información elaborada y proporcionada por el Fondo de Tierras y Aguas CONADI, julio de 2014.

Tabla 1



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

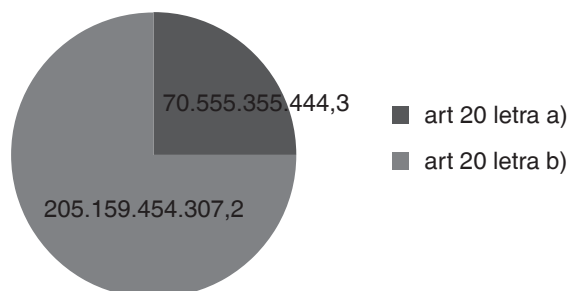
Tabla 2



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

Tabla 3

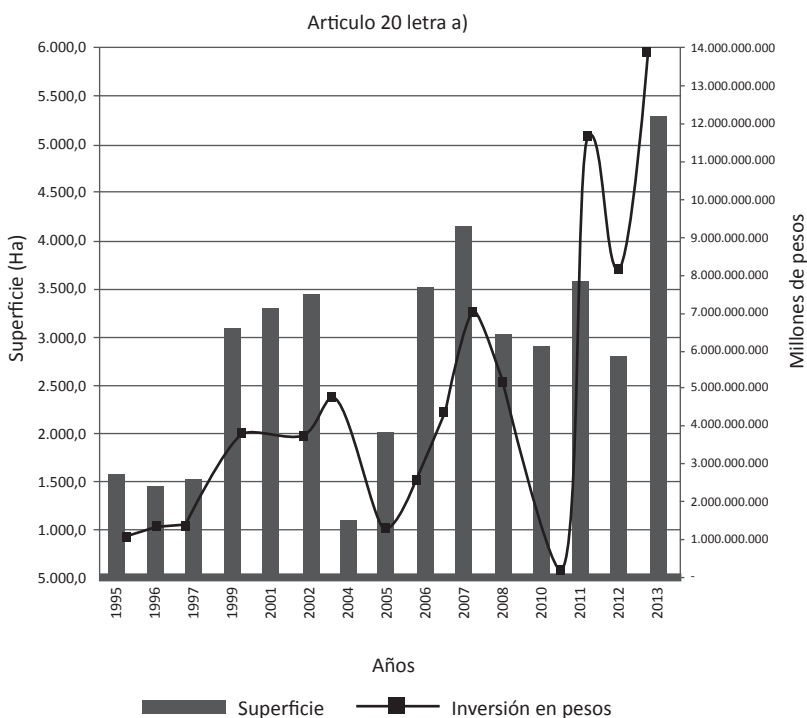
Total de inversión en pesos de cada año
275.714.809.751 millones de pesos



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

Según sugiere la tabla 4, desde 1995 comenzó la entrega de subsidios para la adquisición por personas, comunidades indígenas o una parte de estas de superficies de tierras, cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 20 letra a) de la Ley Indígena. Sin embargo, se ve ausencia de este beneficio en 1998, 2000, 2003 y 2009. Del total histórico, que va desde 1995 hasta 2013, se han entregado 43.095 hectáreas bajo el sistema de subsidios, con una inversión final de 70.555.355.444 pesos, beneficiando a un total de 5.071 familias.

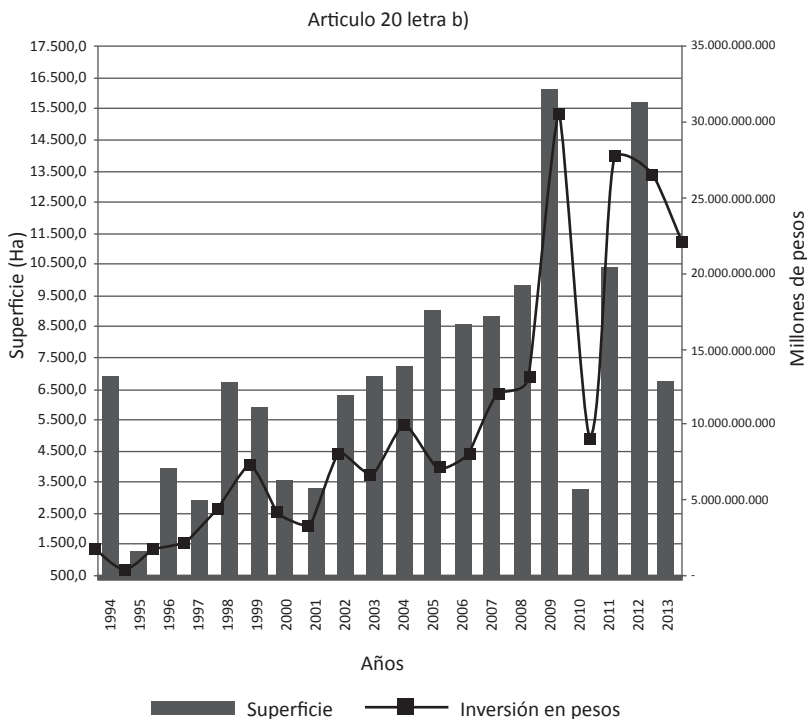
Tabla 4



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

Bajo el artículo 20 letra b) de la Ley Indígena, como se aprecia en la tabla 5, se han financiado los mecanismos que permiten solucionar los problemas de tierras con motivos de transacciones o resoluciones judiciales o extrajudiciales, relativos a territorio indígena reconocidos por el Estado. Esta inversión se ha traducido en la adquisición de tierras desde 1994 hasta 2013 por un total de 144.078 hectáreas, con una inversión total que rodea los 205.159.454.307 pesos, beneficiando a 11.070 familias.

Tabla 5

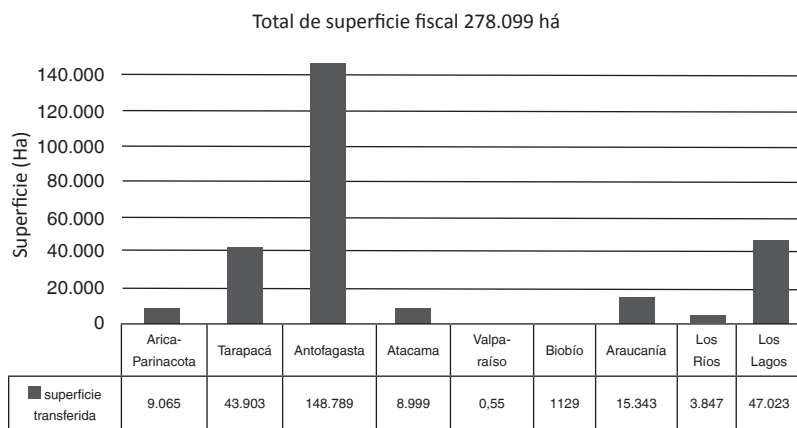


Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

En la tabla 6 se puede apreciar la cantidad de tierras fiscales entregadas a las comunidades bajo el amparo de la Ley 19.253. Según información de DTAI, desde 1994 se han traspasado 278 mil hectáreas. Cabe señalar que, entre 2010 y 2013, la política del Ministerio de Bienes Nacionales fue avanzar en la licitación pública de los inmuebles fiscales, quedando en desprotección las comunidades y personas indígenas que ocupan y/o demandan los espacios territoriales cuyo propietario es el fisco.³⁴

³⁴ Garrido, op. cit.

Tabla 6



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

Las cifras de la tabla 2 sugieren que la ampliación real de la superficie de tierras indígenas a través de la política de la CONADI alcanzó a 43.095 hectáreas, que corresponden principalmente a tierras entregadas a los mapuche a través de la compra efectuada por CONADI a propietarios individuales a través de los subsidios contemplados en el artículo 20 letra a) de la Ley 19.253. Las 144.078 hectáreas adquiridas a través del mecanismo contemplado en la letra b) del artículo 20 corresponderían, en teoría, a la restitución de tierras previamente reconocidas a indígenas por el Estado. Por otra parte, según señala la tabla 6, 278.099 hectáreas corresponden a lo que la Ley 19.253 considera como traspaso de tierras fiscales, mayoritariamente destinadas a los pueblos andinos del norte, las que, conforme a la interpretación que los órganos de supervisión de la OIT han hecho del Convenio 169, serían tierras de ocupación ancestral. A lo anterior cabe agregar la acción realizada por CONADI –junto a la Dirección de Aguas– en el período para el saneamiento y la regularización de derechos de aguas a favor de indígenas, así como el desarrollo de obras de riego en beneficio de 35.510 familias indígenas.³⁵

El enfoque de la política de tierras, cuyo principal instrumento es el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, se centra en la superación de la pobreza como eje central, lo que se basa en un concepto económico de la tierra, entendida como un factor productivo y no como un elemento de la cosmovisión indígena. La idea que funda al artículo 20 de la Ley

³⁵ Información pública disponible en www.conadi.cl

19.253 está vinculada al concepto de tierra insuficiente o de merma territorial asociada a un título entregado por el Estado, un concepto vagamente definido, que se relaciona a una insuficiencia productiva o pobreza, más que a una noción de reparación de derechos vulnerados por la acción del Estado. De este modo, no existe un mecanismo legal de restitución de tierras indígenas, sino uno de compra de tierras para indígenas, que no reconoce el legítimo derecho que tienen estos pueblos a reclamar y reconstruir sus territorios y que, por lo tanto, no constituye una herramienta que dé cabal solución al problema territorial de los pueblos indígenas en Chile.

Cabe valorar, sin embargo, la acción desarrollada por CONADI y otros entes públicos desde 1993 a la fecha con el objeto de revertir la tendencia histórica a la disminución de las tierras indígenas. Aunque, dentro del presupuesto de la nación, los fondos destinados a la solución de los problemas de los pueblos indígenas en Chile son residuales. En un estudio efectuado por Víctor Toledo en 2007, se concluye que “[l]a suma de todos los programas dirigidos a indígenas contenidos en la Ley de Presupuestos equivale a un magro 0,3 % del total del presupuesto público. Visto en perspectiva, el asunto es más grave aún. El magro porcentaje del 0,3% se está instalando, de facto, como un límite máximo estructural –un ‘techo’– al financiamiento fiscal para políticas indígenas”.³⁶ Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo considera que “el Estado de Chile necesita con urgencia priorizar y acelerar el proceso de repatriación de las tierras. Esto implica que el Estado debe asignar los fondos necesarios a fin de cumplir con las metas actuales de repatriación dentro de un plazo breve y definido, medible en meses y años más que en décadas. Esto requerirá no solamente de un aumento exponencial de recursos, sino además de un cambio en la voluntad política dentro del gobierno, a fin de otorgarle al tema mapuche la prioridad que amerita”.³⁷

Sergio Garrido, señala que, en 2013, “en el último concurso [del artículo 20, letra a)] postularon 14.000 familias, entre individuales y comunitarios (8.000 individuales más unas 800 comunitarias). O sea, muchísimas. Y, de las 14.000 familias, entregamos [subsidios] a 750 en total... O sea, ni siquiera llegamos al 5% de los postulantes”.³⁸

Los recursos invertidos por el Estado, que, como indica la tabla 3, suman 275.714.809.751 pesos, no han sido suficientes para solucio-

36 Víctor Toledo, *Presupuesto del sector público y políticas indígenas. Chile 1994-2008*, Documentos de Políticas Públicas y Derechos Indígenas, Informe 36, Santiago, Chile, octubre de 2007.

37 El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo visitó Chile del 17 al 30 de julio de 2013.

38 Garrido, op. cit.

nar la demanda indígena, sobre todo mapuche. Como se analizará, las demandas de los pueblos andinos del norte y del pueblo rapanui se basan fundamentalmente en la restitución de tierras que hoy son de propiedad fiscal.

La solución al problema territorial de los pueblos indígenas no depende solo de la cantidad de dinero invertido en compra de tierras. Es necesaria una reestructuración de los programas de compra y entrega de tierras. Así lo ha reconocido, en un discurso reciente, la presidenta de la República Michelle Bachelet, al anunciar los lineamientos de su política indígena, señalando que “en materia de territorios, fortaleceremos el programa de compras de tierra, para cumplir con todos los acuerdos y compromisos tomados por los gobiernos democráticos anteriores. Ya hemos desarrollado el catastro que nos permitirá comprar tierras en los próximos cuatro años, lo que tendrá, además, un acompañamiento técnico y productivo para las comunidades”.³⁹

Si bien en los últimos años se constata un incremento del presupuesto destinado a compra de tierra—como ilustran la tabla 1—, no se ha realizado un análisis crítico de los múltiples problemas de los que adolece el Fondo de Tierras y Aguas ni de las políticas públicas destinadas a responder a las demandas de los pueblos indígenas.

3.2. Incertidumbre de la demanda sobre las tierras ancestrales

No existe una cuantificación de la demanda total de tierras por parte de los pueblos indígenas en Chile. Disponer de tales datos contribuiría a dar solución a los problemas de tierras.

La información del total de solicitudes presentadas (aceptadas, rechazadas y en tramitación) ante CONADI, no está sistematizada, pues solo se encuentra en las carpetas de solicitudes de cada comunidad, según indicó la CONADI en respuesta a una solicitud de información pública presentada para la elaboración de este informe.⁴⁰

Si bien no existe consenso sobre la cantidad de tierra actualmente demandada, un estudio de las demandas mapuche encargado por el Estado⁴¹ estableció que, para tres de las cuatro regiones en que habita ancestralmente ese pueblo (Biobío, Araucanía y Los Ríos), las demandas basadas en los mecanismos contemplados en la ley indígena (artículo 20 a y b) alcanzaba a 165.000 hectáreas.⁴² Esa cifra

³⁹ Presidenta Michelle Bachelet, 24 de junio de 2014.

⁴⁰ Solicitud de información pública a CONADI AI002W-0001066.

⁴¹ Proyecto de actualización del Catastro de la demanda y oferta de tierras, aguas y riego para indígenas, Etapa I. Universidad de Concepción-Centro EULA-Chile, 2010, inédito.

⁴² El catastro que CONADI encomendó al Centro EULA de la Universidad de Concepción en 2004 determinó que una familia indígena requiere del equivalente de 12,7 hectáreas de suelo tipo III para subsistir y salir de la pobreza. Íd.

incluía a 12.164 familias en 2011, tras la actualización del catastro previo en que se agregaron otras 206 comunidades (7.828 familias) que cumplían con los requisitos en las regiones de Biobío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos,⁴³ sin que se determinara el número total de hectáreas demandadas.

En enero de 2014, el gobierno expuso en su cuenta pública ante la ONU, en el marco de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. El ex ministro de Desarrollo Social, Bruno Baranda, señaló que para 2016 se transferirá el 100% de las tierras que se encuentran reclamadas por los pueblos indígenas.⁴⁴ No se pudo obtener información, ni en la CONADI ni en las entrevistas realizadas, que acompañara esta aseveración, ni las cifras tenidas en cuenta para formularla.⁴⁵ Dado que el subsidio contemplado en artículo 20 letra a) de la Ley Indígena opera como un concurso anual y el mecanismo de la letra b) no establece plazo alguno para solicitarlo, es difícil que se pueda contar con un dato definitivo de la cantidad de tierra demandada, puesto que esta crece año a año. Asimismo, muchas comunidades a las cuales se les ha restituido tierra mediante el mecanismo del artículo 20 letra b) sostienen que su demanda se encuentra incompleta y que van volver a solicitar compra de tierra.⁴⁶

A lo anterior se suma que dicha cuantificación de la demanda consideraría solo las tierras reconocidas por el Estado mediante radicación, pero no las de propiedad ancestral. Los pueblos indígenas han manifestado en innumerables ocasiones, desde la llegada de la democracia, que su demanda de tierra incluye no solo aquella que ha sido reconocida por la Ley Indígena, sino que incluye también lo que se ha denominado como las tierras ancestrales o antiguas.⁴⁷

La Ley Indígena no acoge las demandas relacionadas con el reconocimiento de la propiedad ancestral de las tierras, con los derechos sobre los recursos naturales en ellas o con la protección de derechos sobre el territorio. Así, se demanda que el Estado reconozca el derecho de los pueblos indígenas sobre “las tierras que tradicionalmente han ocupado”, muchas de las cuales fueron reconocidas a través de parla-

43 *La Segunda*: “Tierras mapuche en conflicto: Gobierno dejará 166 comunidades en ‘lista de espera’”, 14 de octubre de 2013.

44 Radio Cooperativa: “Chile devolverá al 2016 todas las tierras reclamadas por pueblos indígenas”, 3 de febrero de 2014.

45 Radio Universidad de Chile: “Organizaciones y dirigentes mapuches niegan que exista plan de restitución de tierras”, 9 de febrero de 2014.

46 Entrevista personal a lonko Víctor Queipul, Ercilla, 5 de julio de 2014.

47 Toledo, “La memoria de las ‘tierras antiguas’ tocando a las puertas del derecho. Políticas de la memoria mapuche en la transición chilena”, en Felipe Gómez (ed.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006; “Las tierras que consideran como suyas. Reclamaciones mapuches en la transición democrática chilena”, *Revista Asuntos Indígenas IWGIA*, Copenhague, 4/2004, p. 22.

mentos en la época colonial. Estas claramente se diferencian y son más amplias que aquellas que los pueblos indígenas “ocupan actualmente en propiedad o posesión”, provenientes de títulos otorgados por el Estado, como dispone la Ley Indígena en su artículo 12.

La negación de la validez de los derechos ancestrales sobre el territorio ha sido explícita. En 1999, en un documento oficial de la CONADI se señalaba: “El populismo de la época propagó la idea de que los límites de la restitución de tierras, que el Estado debía hacer a los pueblos indígenas, estaban dados hasta donde alcanzara la memoria de los ancianos de las comunidades”.⁴⁸ Y en 2003, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato⁴⁹ fue especialmente cuidadosa en omitir toda referencia a la memoria mapuche de sus tierras ancestrales, solo reconociendo como válidas aquellas demandas territoriales referidas a los títulos otorgados por el Estado.

Establecer cuáles son estas tierras es claramente una materia compleja, en la que se entrecruzan la necesidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales, los derechos de los descendientes de colonos que fueron localizados en el territorio por el Estado y los de campesinos no indígenas que habitan en esos lugares.

Resulta claro, eso sí, que el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas establece la obligación del Estado de reconocer dichas tierras ancestrales.

Como hemos señalado, el Convenio 169 es claro en establecer que “deberá reconocerse a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14.1). Tal derecho de propiedad ha sido entendido por los órganos de aplicación del Convenio como uno que se extiende no solo a las tierras reconocidas legalmente por el Estado sino que también a aquellas de propiedad ancestral;⁵⁰ esto contrasta con la limitada conceptualización que la Ley 19.253 contiene de las tierras indígenas, restringiéndolas a las que el Estado ha reconocido en el pasado o que a futuro se declaren como tales por los tribunales o se otorguen por el Estado. Ello deja a discreción del Estado el establecimiento de una tierra como indígena, al instituir que solo serán tierras indígenas aquellas inscritas en el Registro de Tierras. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en 2009, “...recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para acelerar el proceso de restitución de las tierras ancestrales a los pueblos indígenas y que establezca un mecanismo específico para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales, de acuerdo con la Convención

48 CONADI, *La política de tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*, Temuco, 1999.

49 Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, op. cit.

50 Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009.

y demás normas internacionales relevantes. En particular, el Estado parte debería asegurarse de que las políticas de compra de tierras sean plenamente conformes con el Convenio N° 169 de la OIT y considerar aumentar el presupuesto de CONADI para que este organismo esté en condiciones de realizar sus funciones adecuadamente”.⁵¹ En 2014, el Comité de Derechos Humanos reiteró al Estado de Chile que “le preocupa que el mecanismo de compra de tierras para las comunidades indígenas es todavía insuficiente para garantizar el derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”, recomendando al Estado que “redoble sus esfuerzos encaminados para garantizar el pleno derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”.⁵²

Como hemos señalado, la determinación de las tierras indígenas antiguas o ancestrales es un asunto que reviste gran complejidad, en la cual varios factores se entrecruzan.

Por una parte, y como se ha recordado en este informe, la práctica estatal de las relocalizaciones tiene larga data en el territorio indígena, desde los inicios de las reducciones hasta la actual compra de terrenos por CONADI en sectores distintos al territorio de origen de la comunidad. Los efectos de esta política han sido devastadores para las comunidades originarias y su prolongación en las últimas tres décadas ha tenido, como era de esperar, nocivos efectos. En un estudio realizado por la Universidad de Concepción, encargado por la CONADI, se constató que muchas de las compras efectuadas por CONADI mediante el mecanismo establecido en el artículo 20 letra b) de la Ley Indígena, implicaron tanto el traslado o la relocalización de comunidades dentro de la misma comuna de origen como a otras distintas e incluso a diferentes regiones.⁵³ Un estudio realizado por el Observatorio Ciudadano en 2007⁵⁴ confirmó que la práctica de las relocalizaciones es de uso extendido en la operación del FDTA.

Cabe destacar, sin embargo, que en la actualidad estas relocalizaciones son voluntarias por parte de las comunidades. Ellas determinan qué predio se comprará y aceptan trasladarse a, e insertarse en, lugares a veces lejanos, donde no existen vínculos históricos ni socioculturales. Sin embargo, la disposición de trasladarse se enmarca en una larga historia de despojos y generalmente responde al impedimento –asumido por CONADI– de recuperar su territorio (ya sea porque pertenecen a alguna empresa forestal o porque su dueño no quiere vender

51 CEDR, *Informe de recomendaciones a Chile*, Ginebra, 3 al 28 de agosto de 2009.

52 CEDR, *Informe de recomendaciones a Chile*, Ginebra, 7 a 25 de julio de 2014.

53 Proyecto de actualización del catastro de la demanda y oferta de tierras, aguas y riesgo para indígenas, op. cit.

54 Karina González, Matías Meza-Lopehandía y Rubén Sánchez, *Política de tierras y derechos territoriales de los pueblos indígenas en Chile: El caso de las Comunidades Carimán Sánchez y Gonzalo Marín y Comunidad Manuel Contreras*, Temuco, Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

o lo sobrevalúa). A esto hay que sumar la pobreza extrema, producto de la falta de tierras y trabajo, y la improductividad de estas a causa de la sobreexplotación. De esta manera, irse a otras tierras, a veces con geografías muy diferentes a los territorios de origen, termina siendo la única opción posible.

Asimismo, muchas de estas relocalizaciones generan un efecto adverso adicional, cuando el territorio al que se trasladan es demandado por otra comunidad, ya sea porque se encuentra dentro de su título de merced u otro similar, o es reivindicado como tierra ancestral. Ello genera un conflicto no solo con el Estado, sino también con otra comunidad. Existen muchos casos en que se ha constatado este problema. Así, por ejemplo, relata el informe del Observatorio Ciudadano: “Es preciso recordar los hechos ocurridos el 30 de enero de 2002, cuando murieron cinco mapuche-huilliche en el sector de Rucamañío, en la comuna de San Juan de la Costa, Región de Los Lagos. Estos hechos significaron el fin de un proceso que comenzó cuando CONADI aprobó la adjudicación a la comunidad Choroy-Traiguén de cerca de 5.000 hectáreas a través del artículo 20, letra b), en 1996. Sin embargo, 600 hectáreas de estas tierras pertenecían al territorio ancestral de la familia Lefián, quienes incluso poseían el reconocimiento legal a través de los títulos de comisario. Haciendo caso omiso de esta situación, CONADI las transfirió, pese al reclamo de la comunidad afectada. Posteriormente, la Corporación inició una mediación entre las comunidades, que obviamente no dio frutos, por lo cual la situación derivó a manos de los tribunales. El caso fue sobreesido temporalmente en 1999 por la justicia. En este contexto, sin vislumbrar ninguna solución y frente a la desidia de las instituciones que provocaron el conflicto y que, paradójicamente debían solucionarlo, se produjo el enfrentamiento entre huilliche, resultando cinco personas muertas y veinte heridas a palos, hachazos y balas”.⁵⁵

Lamentablemente, las relocalizaciones que generan conflictos entre comunidades han sido frecuentes. Aparte del caso referido, es posible mencionar los de las comunidades Carimán Sánchez y Gonzalo Marín, Comunidad Manuel Contreras, Comunidad Ahilla Varela y Comunidad Antonio Paillacoí.⁵⁶

Otra dificultad para reconstruir el territorio ancestral, incluso para quienes no han sufrido la relocalización, dice relación con las disímiles situaciones en que se encuentran las comunidades indígenas. Algunas llevan años realizando trabajos de reconstrucción de la memoria histórica territorial, mediante cartografías. Sin perjuicio de ello, otras

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 27.

⁵⁶ *Mapuexpress*: “Procedimientos CONADI: Conflictos entre comunidades genera Fondo de Tierras por adquisición de predios”, 25 de febrero de 2012.

comunidades han sufrido graves procesos de desintegración, procesos de subdivisión de sus tierras y conflictos internos, entre otros.

Ello se ve reflejado en la práctica de constituir nuevas comunidades con personalidad jurídica al interior de una comunidad existente. El artículo 10 de la Ley Indígena lo permite al establecer que una comunidad se entenderá constituida si concurre, a lo menos, un tercio de los indígenas mayores de edad con derecho a afiliarse a ella. Ello, en la práctica, ha significado el fraccionamiento de las comunidades culturales en más de una comunidad legal, las que pueden demandar la reparación del mismo territorio por cualquiera de los mecanismos del artículo 20. Como señala el secretario ejecutivo de CorpAraucanía, se trata de una demanda “que no tiene fin, se generan comunidades nuevas todos los días, no hay finalmente un punto final, una acotación de los temas”.⁵⁷

Puede darse la situación que se le aplique el artículo 20 letra b) a una comunidad, restituyéndole el título de merced, la que luego se fragmenta en dos comunidades, una de las cuales vuelve a solicitar tierra por el mismo mecanismo.

En síntesis, la reconstrucción por parte de las comunidades indígenas de sus territorios ancestrales no es una tarea sencilla, lo que no exime al Estado de su obligación de abocarse a la tarea. Sin perjuicio de todas estas dificultades mencionadas para determinar cuál es la demanda total de territorios de los pueblos indígenas, especialmente en el caso del pueblo mapuche, es obligación del Estado procurar los medios para establecerla, de manera de hacer efectivos sus derechos sobre el territorio. Al negar el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales se contraviene el Convenio 169, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Nada hay en la Ley 19.253 que impida aplicar el artículo 20 b) a la restitución de tierras ancestrales cuya existencia se compruebe de acuerdo a estándares internacionales en la materia. Es factible realizar esta modificación, pues no implica cambiar la ley ni sus reglamentos. Más aun, el Convenio 169 obliga a ese cambio en la política de tierras.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que, para lograr esta tarea, el Estado debe trabajar en conjunto con las comunidades indígenas para establecer cuál es la demanda de tierras, incorporando criterios adecuados para lograr hacerla efectiva de un modo que rescate la validez de la memoria de los derechos ancestrales al territorio. Un trabajo donde primara el diálogo, la reconstrucción de la memoria y la historia comunidad por comunidad, el respecto a los mecanismos propios de delimitación de territorios y no la imposición absoluta del modelo

⁵⁷ Entrevista a Diego Benavente, director ejecutivo de CorpAraucanía, Temuco, julio de 2014.

de propiedad de la Constitución de 1980,⁵⁸ podría traer consigo un verdadero nuevo trato entre los pueblos indígenas y el Estado. Debe tratarse de una definición colectiva de los pueblos indígenas, para la cual es crucial que se llegue a un acuerdo dentro de estos acerca de cuáles son las tierras ancestrales, cómo delimitarlas y a cuánto asciende la demanda total.

A los problemas mencionados, se suma, especialmente respecto de los pueblos mapuche y rapanui, el de la titulación individual de tierras promovidas por CONADI, lo que lesiona, sin duda, las formas de propiedad colectiva tradicionales.

3.3. El procedimiento del Fondo de Tierras y Aguas. Irregularidades y denuncias

La operación del FDTA de la CONADI adolece también de deficiencias que vulneran los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios. Se han planteado críticas respecto a la falta de procedimientos transparentes en los mecanismos de restitución y/o entrega de tierras, la inexistencia de criterios preestablecidos, las presiones o injerencias que existirían en el proceso de selección de los predios a adquirir, el uso del mercado como medio principal de restitución de tierras y la falta de acompañamiento productivo a las comunidades a las que se les compra tierra.

La aplicación del artículo 20 letra a), es decir, la entrega de predios mediante subsidios a individuos o comunidades indígenas por tener tierras insuficientes, que se encuentra regulado tanto por la Ley Indígena como por el decreto 395 y enmarcado por lo que establecen las bases anuales del concurso de la CONADI, tiene varios aspectos controversiales.⁵⁹

Se establece como criterio fundamental la situación socioeconómica de los postulantes, dejando de lado el derecho a la reparación y la restitución territorial como fundamento. Ni la Ley 19.253 ni el DS 395 señalan que el programa está dirigido a la población indígena más pobre. Tienen derecho a postular todos los indígenas que consideren tener derecho de uso o usufructo de tierras o aguas sobre las cuales reclamen titularidad y que evalúen sus tierras como insuficientes.

También se critican las amplias facultades del director nacional de la CONADI⁶⁰ para determinar los porcentajes del presupuesto que serán destinados a cada región o comuna.⁶¹

⁵⁸ Entrevista personal a José Aylwin, co director del Observatorio Ciudadano, Temuco, junio de 2014.

⁵⁹ *El Periódico*: "Cartas al Director: CONADI se refiere a pago de sobreprecios en la compra de tierras", 28 de abril de 2014.

⁶⁰ *La Tercera*: "Tres comunas concentran el 33% de la inversión de CONADI en tierras", 17 de marzo de 2013.

⁶¹ Ministerio de Planificación y Cooperación-Corporación Nacional Indígena, op. cit., p.4.

El jefe del FDTA nos señaló que una de las mayores dificultades en este proceso ha sido determinar qué se entiende por tierra insuficiente. Actualmente, como hemos destacado, se determina a partir del factor de 0,3 hectáreas de riego básico por integrante del grupo familiar⁶² y solo en términos de suficiencia productiva.

La búsqueda del predio y su compra imponen una dificultad adicional, puesto que primero se otorga el subsidio y luego se determina el predio a comprar. Como señala el jefe del FDTA, "(...) se trata de que los predios cumplan con ciertas condiciones, sobre todo en el precio. Los vendedores saben que el subsidiado tiene 20 millones, entonces va a querer vender lo que tenga a 20 millones: si tiene 5 hectáreas, a 20; tengo 3, a 20 también; y así. Todo a veinte".⁶³ Ello se presta para acuerdos previos entre comprador y vendedor, dificultades para encontrar predios adecuados y relocalizaciones a otras comunas, entre otras vicisitudes. A pesar de los conflictos surgidos respecto al artículo 20 letra a), sin duda el foco de los problemas se encuentra en la aplicación del artículo 20 letra b).

En numerosas oportunidades, dirigentes indígenas han cuestionado los criterios con que las instancias autorizadas toman la decisión de adquirir un predio u otro.⁶⁴ Los cuestionamientos dicen relación con la falta de imparcialidad de los representantes de organizaciones mapuche en CONADI en procesos de selección que involucran comunidades con las que tienen algún tipo de relación, con las facultades discrecionales del director de la CONADI para definir los predios que tienen aplicabilidad y que son priorizados, con la falta de criterios definidos para la priorización de las comunidades con aplicabilidad y con la mercantilización del sistema, entre otros aspectos. A lo largo de los años, numerosas denuncias acerca de malas prácticas, abusos, corrupción, pérdida de carpetas de comunidades para compra de tierras y mal uso de recursos públicos han sacudido a CONADI.⁶⁵ Al menos en tres ocasiones, desde 1998, la Cámara de Diputados, ha constituido comisiones investigadoras para inspeccionar la legalidad de los mecanismos de entrega de tierras por parte de CONADI. En 2010, se constituyó una Comisión Investigadora en la Cámara de Diputados destinada analizar el funcionamiento entre 2006 y 2010 del Programa Orígenes; el cumplimiento de sus objetivos; la eficacia en la utilización de sus recursos; el catastro de las comunidades beneficiarias; para determinar la efec-

⁶² Garrido, op. cit.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *El Gong*: "Se tomaron la CONADI. Pero a punta de coimas e irregularidades al por mayor", 9 de mayo de 2014.

⁶⁵ *Liberación*: "Cheques prueban pago de millonarias comisiones por compra de tierras a comunidades", 30 de septiembre de 2009; *Políticaspúblicas*: "Denuncia de funcionarios de CONADI: Se ha pagado con tierras a testigos protegidos, usando Fondo de Tierras", 8 de noviembre de 2009.

tividad de denuncias relativas a irregularidades en la adquisición de terrenos, sobrepagos en sus pagos o, en general, toda posible ilicitud o irregularidad en la ejecución de sus fines. En sus conclusiones, si bien no estableció responsabilidades particulares, instó al gobierno a tomar las medidas pertinentes para asegurar la transparencia y el respeto a la ley en los mecanismos contemplados en el artículo 20 de la Ley Indígena. No existen antecedentes de que estas recomendaciones hayan modificado el modo de operar del FDTA.⁶⁶

No es posible aquí hacer un recuento de las denuncias aludidas. A modo de ejemplo, cabe destacar la denuncia que efectuó el nuevo Director de la CONADI, Alberto Pizarro, sobre posibles irregularidades en licitaciones y compras de terrenos valuadas en más de 10.000 millones de pesos.⁶⁷ Los antecedentes se encuentran actualmente, en etapa de sumario, en la Fiscalía de Delitos de Alta Complejidad de Temuco, que dirige la investigación. Asimismo, se constituyó una Comisión en la Cámara de Diputados que investiga la responsabilidad política y administrativa que le cabe a la CONADI y quien resulte responsable en sobrepagos irregulares pagados en la compra de tierras durante 2010 y 2013.⁶⁸

Es también paradigmático el caso de la comunidad mapuche Carimán Sánchez.⁶⁹ En 1998, las 52 familias que componían esta comunidad iniciaron la solicitud de demanda de las tierras que corresponden en la actualidad al fundo “El Notro”, de 360 hectáreas, en el sector de Huilio, en la Comuna de Freire. Recién en abril de 2005, mediante Resolución 32 de Fiscalía de CONADI, se resolvió la aplicabilidad del artículo 20 letra b) respecto al predio señalado. Luego, durante el proceso de tramitación y cuando la demanda se encontraba en lista de espera, CONADI, el 10 de marzo de 2006, resolvió finalmente comprar el predio a Bernardo Mister Staynner, pagando 650 millones de pesos, pero para asignarlo a la comunidad Agustín Curín, situada a más de 30 kilómetros del lugar, que no lo reivindicaba. La comunidad Carimán Sánchez presentó antecedentes que dieron lugar a dos sumarios dentro de CONADI, que concluyeron sin establecer responsabilidades. También se realizaron acciones de ocupación del fundo,⁷⁰ que había

66 Informe de la Comisión investigadora en la Cámara de Diputados destinada a analizar el funcionamiento, entre los años 2006-2010, del Programa Orígenes; el cumplimiento de sus objetivos; la eficacia en la utilización de sus recursos; un catastro de las comunidades beneficiarias y determinar la efectividad de las denuncias efectuadas relativas a irregularidades en la adquisición de terrenos, sobrepagos en sus pagos y en general toda posible ilicitud o irregularidad en la ejecución de sus fines, Valparaíso, 5 de enero de 2011.

67 *Austral Temuco*: “El Director de CONADI cifra en \$10 mil millones fraude indagado por la FIAC”, 27 de mayo de 2014.

68 *Austral Temuco*: “Comoción en el Congreso por audio que revela irregularidades en la CONADI”, 14 de agosto de 2014.

69 González, Meza-Lopehandía y Sánchez, op. cit., p. 19.

70 Mapuexpress: “El Notro, La primera ‘toma mapuche’ de tierras del gobierno de Michelle

sido arrendado mediante un contrato de medianería al ex propietario. Finalmente, debido a la insistencia de la comunidad, se realizó un nuevo sumario, esta vez en la fiscalía del Ministerio de Desarrollo y Planificación (actualmente Ministerio de Desarrollo Social), en que se constataron diversas irregularidades. Se propuso la destitución del entonces jefe del FDTA, Richard Mancilla, el arbitrio de todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho vulnerado en la compra del fundo El Notro a la comunidad Agustín Curín.⁷¹

Rubén Sánchez Curihuentro, miembro de la comunidad Carimán Sánchez, señala que aún no se ha remediado esta situación por medio de CONADI, que aún siguen reivindicado este predio a pesar de que CONADI les compró terrenos en otro sector, que no pertenecen a su territorio ancestral. Señala: “los abusos han sido muchos, continuos y traumáticos. Nos hicieron enfrentarnos a otra comunidad, nos tramitaron por años con falsas promesas y demoras. La verdad es que no sabemos si es tontera o es siniestro, hay que ser muy malo o muy tonto. No es posible explicarse cómo sucedió lo que sucedió”.⁷²

Como mencionamos, el procedimiento establecido por el artículo 20 letra b) incluye (en la práctica, puesto que no existe procedimiento formal que lo regule en detalle) cuatro etapas fundamentales: la presentación de la comunidad que tiene un problema de tierra, la aplicabilidad, la priorización y la materialización de la compra. En cada una de estas etapas existen espacios que permiten irregularidades, presiones políticas y faltas a la transparencia.

Junto a lo anterior, los gobiernos han elaborado listas de comunidades priorizadas para la entrega de las tierras demandadas, lo que no responde a los criterios establecidos ni por el DS 395 ni por el Consejo Nacional de la CONADI. De este modo, los gobiernos desde la llegada de la democracia han utilizado en la práctica el fondo del artículo 20, letra b) como un mecanismo de solución de conflictos, especialmente para comunidades denominadas como “conflictivas” por la prensa. En el caso particular del pueblo mapuche, durante el primer gobierno de Michelle Bachelet, bajo lo que se conoció como el Pacto Reconocer,⁷³ se priorizaron dos listas de comunidades indígenas para la compra directa de tierras: las llamadas “115” y “307”.⁷⁴ En la actualidad se estaría terminando de comprar tierras a las “115”, encontrándose en espera las comunidades “307” que cuentan con “aplicabilidad” (cerca de

Bachelet”, 28 de septiembre de 2006.

71 Sumario del Ministerio de Planificación, Resolución del 18 de junio de 2009. Facilitado por Rubén Sánchez.

72 Entrevista personal a Rubén Sánchez Curihuentro, Temuco, 8 de julio de 2014.

73 Gobierno de Chile, *Reconocer. Pacto social por la multiculturalidad*, 1 de abril de 2008.

74 *La Segunda*: “Tierras mapuche en conflicto: Gobierno dejará 166 comunidades en ‘lista de espera’”, op. cit.

16o). Estas listas obedecen a criterios reactivos como mecanismos de solución de conflictos ocasionados por ocupaciones reivindicativas de fundos realizadas por comunidades indígenas, lo que pone en cuestionamiento la transparencia de todo el proceso de entrega de tierras. Durante el año final del primer gobierno de Michelle Bachelet, luego de la muerte a manos de carabineros de Jaime Mendoza Collío, el ejecutivo decidió entregar al entonces ministro José Antonio Viera-Gallo facultades especiales como coordinador de asuntos indígenas, papel en el que impulsó variados compromisos con comunidades mapuche que reclamaban tierras. El ex ministro José Antonio Viera Gallo se comprometió a adquirir predios sin que hubiera existido, en muchos casos, contacto previo con los respectivos dueños ni resoluciones de aplicabilidad por parte de CONADI.⁷⁵

Variados actores en el conflicto señalan que se trata de una política que “apaga incendios”, término que se repite en múltiples entrevistas realizadas en La Araucanía. Esta es la opinión del director ejecutivo de la fundación CorpAraucanía, Diego Benavente: “el Estado no ha hecho más que comprar paz con tierras”.⁷⁶ Asimismo, la determinación de la conflictividad de los lugares a adquirir es compleja y existe una gran cantidad de predios reivindicados históricamente por comunidades que pueden ser caracterizados como tierras en conflicto. Especialmente en el caso del pueblo mapuche, la insatisfacción de la demanda de tierras y territorios, y la frustración ante la imposición de proyectos de inversión en sus territorios, en particular la expansión de los monocultivos forestales, han llevado a miembros de las comunidades a manifestarse y a protestar, siendo muchos de ellos encarcelados en recintos penitenciarios del Estado. El ejecutivo, por su parte, ha desarrollado una política contradictoria, que ha incluido, por una parte, el diálogo, la negociación y la compra de tierras y, por otra, la represión policial, la persecución judicial y la criminalización de la demanda indígena.

La actitud asumida por los distintos poderes del Estado frente a los mapuche ha contribuido a criminalizar un conflicto que, dada su naturaleza, debería ser resuelto a través del diálogo político. Así lo señaló el lonko de la comunidad de Temucuicui, Víctor Queipul, sindicada muchas veces como ejemplo de comunidad conflictiva: “todos nuestros peñis han sido apresados, no hay hombre de esta comunidad que no haya estado preso por la demanda nuestra, por nuestros territorios. Nos han tratado de terroristas, nuestras casas allanadas, los niños aterrorizados... Igual, hemos logrado mucho, se nos han devuelto algunas tierras, somos una comunidad organizada que se autogestiona. Al fi-

⁷⁵ Informe de la Comisión Investigadora en la Cámara de Diputados, op. cit., p. 98.

⁷⁶ Benavente, op. cit.

nal, como dicen, guagua que no llora, no mama. La lucha ha valido la pena, pero aún queda mucho más”.⁷⁷

Se trata de un hecho constatado por el Relator de la ONU para los derechos indígenas, en su informe sobre Chile (2003), así como por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su informe sobre estos derechos en Chile (2004), y por muchos otros órganos internacionales, los que recomiendan al Estado abandonar el uso de legislación de excepción para abordar las demandas de tierras de los mapuche. Las ocupaciones de fundos protagonizadas por comunidades mapuche que reivindican sus derechos territoriales deben ser tratadas desde un paradigma de interculturalidad, que reconozca la vigencia de sistemas de propiedad distintos, cuyas superposiciones deben resolverse desde la base que para ello presta el derecho internacional de los derechos humanos. El Relator Anaya observa que, si hubiese existido un mecanismo eficiente para la reivindicación de los derechos sobre tierras ancestrales, los miembros de las comunidades mapuche no habrían tenido que recurrir a la protesta social.

3.4. Mercantilización de la demanda de tierras

Otro problema grave de la política pública de tierras llevada a cabo por la CONADI se relaciona con la creciente mercantilización del proceso de restitución de tierras a indígenas, sobre todo del pueblo mapuche. El presupuesto destinado por el Estado a la compra de tierra ha crecido sostenidamente en el tiempo, mientras que la cantidad de tierra comprada no ha aumentado. Ello se explica porque el valor de las tierras adquiridas por el Estado mediante los mecanismos que contempla la Ley Indígena ha aumentado significativamente desde que se comenzó con este proceso en 1994. Una publicación del Centro de Estudios Libertad y Desarrollo, de 2010, estimó que en las zonas de conflicto que involucran al pueblo mapuche en el período considerado entre 1994 y 2009, los precios aumentaron en un 826%, lo que no corresponde con el alza general de precios en zonas no reivindicadas.⁷⁸ El incremento en los últimos años en los precios de los predios adquiridos a través de este mecanismo hace necesario revisar la estrategia hasta ahora desarrollada por CONADI, a objeto de asegurar que esta sirva para la finalidad para la cual se estableció: dotar de tierras a comunidades o familias indígenas, no beneficiar a particulares inescrupulosos con recursos del Estado. El carácter exclusivamente mercantil del instrumento ha distorsionado las condiciones en la región, dando paso a la especulación y la consiguiente alza de los precios.⁷⁹

⁷⁷ Queipul, op. cit.

⁷⁸ Libertad y Desarrollo, *Temas Públicos* 977, 6 de agosto de 2010.

⁷⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fun-

El Estado ha pagado altos valores especulativos a los propietarios legales de tierras en conflicto (muchas veces usurpadas a las propias comunidades mediante métodos fraudulentos), en vez de preferir otros métodos como la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional.

Esta fue una de las propuestas de la ya mencionada Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato en 2003. Su informe final señala: “Respecto a los mecanismos de restitución de tierras mapuche que actualmente se encuentran en el patrimonio de particulares, la Comisión recomienda que se favorezca la conciliación y, por tanto, se promuevan acuerdos transaccionales entre los interesados. Sin embargo, no habiendo tal acuerdo, es opinión de la Comisión que debe procederse a la expropiación de las tierras correspondientes, para lo cual, una vez concluido el trabajo de la Corporación, deberá redactarse una ley expropiatoria que establezca la expropiación de qué predios –conforme a las averiguaciones de la Corporación– serán consideradas de utilidad pública o de interés nacional”.⁸⁰

La Constitución Política de Chile contempla dichos mecanismos, que permitirían solucionar los graves problemas actuales de escasez de tierras, especulación y sobreprecio. Sin embargo, se aprecia en la opinión pública y por parte del Estado una suerte de veto a la sola mención de la palabra expropiación y una negativa a priori a considerar este mecanismo. Así, si bien el intendente Huenchumilla reconoce que hay que evaluar mecanismos nuevos para lograr la restitución de las tierras ancestrales, y que la CONADI opera con “un traje que le quedó chico para resolver los conflictos actuales”, señala que la expropiación “está vedada, un tema tabú, un tema políticamente incorrecto, pero además sería un error porque generaría más problemas de lo que ya hay”.⁸¹

3.5. Desarrollo productivo

A los problemas antes aludidos se unen las deficiencias de las tierras adquiridas por CONADI para asegurar el desarrollo productivo de las comunidades y personas mapuche beneficiarias, y la ausencia de programas de apoyo al desarrollo productivo en las tierras adquiridas, trasferidas o regularizadas, sobre todo durante los años noventa.⁸²

Durante la primera década de funcionamiento del FTAI, la adquisición y transferencia de tierras indígenas no estuvieron acompañadas

damentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003, párrs. 20 y 30.

⁸⁰ Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, op. cit., p. 647.

⁸¹ Huenchumilla, op. cit.

⁸² Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería Industrial, “Evaluación en profundidad del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de CONADI”, 2001, inédito.

de programas de desarrollo productivo que permitieran mejorar la sostenibilidad económica de las familias beneficiarias. En 2001, se impulsó el programa Orígenes con recursos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y del Estado de Chile. Uno de los objetivos principales de ese programa fue el apoyo al desarrollo productivo de los pueblos indígenas. De acuerdo a los antecedentes oficiales, entre 2001 y 2006 dicho programa funcionó en 44 comunas con alta densidad de población indígena, beneficiando a un total de 22.609 familias rurales.⁸³ La segunda etapa, iniciada en 2007 y finalizada en 2011, tuvo como objetivo beneficiar a 34.000 familias con un presupuesto total aproximado de 80.000 millones de pesos. La mayor parte de dicho presupuesto fue destinada a la compra de insumos, sin que exista evaluación de su impacto real en beneficio de las familias beneficiadas. El programa Orígenes fue fuertemente cuestionado como instrumento para promover la autogestión y autonomía indígena en materia económica, debido a la “escasa participación de las comunidades indígenas en su proceso de elaboración; la politización partidaria de la institución, el privilegio de las comunidades legales por sobre las organizaciones tradicionales indígenas o las organizaciones territoriales como beneficiarias y la demora en la ejecución de los planes de trabajo acordados con las comunidades participantes”.⁸⁴

3.6. Demanda por recursos naturales en tierras indígenas

A lo anterior se agrega la demanda, aún vigente, por los derechos sobre los recursos naturales “renovables, no renovables, del suelo y del subsuelo”.⁸⁵ Si bien no es el foco de este capítulo, vale la pena mencionarlo por ser una de las demandas más frecuentes y centro de muchos conflictos. Se exige que se reconozcan a los pueblos indígenas derechos sobre las aguas, los que no pueden separarse de las tierras y su utilización; explotación, y administración exclusiva de los recursos del suelo y del subsuelo; así como sobre los recursos lacustres, fluviales y marítimos colindantes con los pueblos indígenas.⁸⁶ Con excepción de los derechos de agua de las comunidades andinas del norte del país, las restantes demandas no han sido reconocidas en la Ley Indígena. Tales derechos siguen siendo regidos por legislación sectorial que no es respetuosa de los derechos de los pueblos indígenas ni de lo establecido en el Convenio 169.

Las tierras traspasadas o adquiridas por CONADI mediante la Ley 19.253 no han asegurado la protección y control indígena sobre el

⁸³ Aylwin y otros, op. cit., pp.305-306.

⁸⁴ *Íd.*

⁸⁵ Comisión Técnica de Pueblos Indígenas, 1991.

⁸⁶ Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, CEPI, 1991.

territorio. Tampoco se han implementado procedimientos para hacer factible el control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en tierras y territorios. A ello se suman las insuficiencias de la legislación chilena para asegurar la participación de los pueblos indígenas frente a proyectos de inversión que afectan sus ecosistemas.

4. CASOS ESPECIALES RESPECTO A PUEBLOS INDÍGENAS DISTINTOS AL PUEBLO MAPUCHE

4.1. Pueblos andinos

El título VIII de la Ley 19.253, denominado “Disposiciones particulares”, contiene reglas específicas para cada uno de los pueblos indígenas del país. El párrafo segundo contiene la regulación relativa a los pueblos del norte, que incluye a las comunidades aymara (ubicadas en las regiones de Arica-Parinacota y Tarapacá), atacameña (Región de Antofagasta), quechua y colla. La Ley 20.117 de 2006 hace extensivas estas normas a los diaguitas, siendo reconocidos como etnia.⁸⁷ El artículo 63 de ese párrafo sostiene que “la Corporación, en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de las comunidades señaladas en este párrafo, deberá salvaguardar los siguientes tipos de dominio: a) Tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes; b) Tierras de propiedad de la Comunidad Indígena constituida en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas; c) Tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido”. De esta manera, se reconoce el derecho ancestral de las comunidades andinas sobre sus tierras de propiedad individual, comunitaria y patrimonial, régimen que no considera a los demás pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 65 establece: “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 de las etnias aimara y atacameña”.

En 1998, la CONADI y el Ministerio de Bienes Nacionales realizaron un catastro de los predios de ocupación ancestral de las comunidades atacameña y quechua, incluyendo aquellos de propiedad fiscal, muchos de los cuales son hoy áreas protegidas. Dicho catastro arrojó una superficie de 2,4 millones de hectáreas de ocupación indígena, cuya propiedad debía ser reconocida y traspasada a aquellas comunidades.

⁸⁷ Aylwin y otros, op. cit, p.170.

Sin embargo, se establecieron criterios que restringieron el acceso a sus tierras, considerando finalmente 905 hectáreas como tierras ocupadas, ya que se asimiló este concepto al de tierras de uso productivo. Luego, estas hectáreas fueron fragmentadas en 505 sitios, de los cuales solo 214 pasaron a pertenecer a comunidades. En 1999, se estableció que solo se otorgaría un sitio por comunidad, quedando así solo 14, con una superficie de 256.398 hectáreas. Como consecuencia de esto, en 2010, a las comunidades atacameñas y quechua se les entregó un total de 337.297 hectáreas, equivalente al 14% de los territorios ocupados.⁸⁸ Pero este impulso del Ministerio de Bienes Nacionales para la demarcación, escrituración e inscripción de las propiedades atacameñas durante el primer gobierno de la Concertación se vio frustrado cuando entró en conflicto con otros proyectos de desarrollo –en particular, de la gran minería–, que competían por el acceso y control sobre las aguas, tierras y minerales existentes en los territorios indígenas. De este modo, en los últimos años, especialmente en el período comprendido entre 2010 y 2013, la política del Ministerio de Bienes Nacionales se orientó a avanzar en la licitación pública de los inmuebles fiscales, quedando en desprotección las comunidades y personas indígenas que ocupan y/o demandan los espacios territoriales cuyo propietario es el fisco. Recientemente, el ministro de Bienes Nacionales, Víctor Osorio, ha expresado que se han reanudado los trámites para regularizar la posesión indígena en tierra fiscal, tanto respecto de los pueblos andinos como de los restantes.⁸⁹

4.2. El pueblo rapanui

Isla de Pascua o Rapa Nui abarca una superficie de 16.600 hectáreas, de las cuales unas 2.266 ha se encuentran en uso o tenencia por parte de rapanui, situación originada principalmente en títulos provisorios otorgados por la Armada de Chile durante su administración (1917-1965) y en actas de radicación del Ministerio de Bienes Nacionales, a partir de 1966. Cabe destacar que esta situación se originó en 1933, cuando el Estado de Chile inscribió la propiedad de las tierras de Rapa Nui a nombre del fisco, fundado en lo dispuesto en el artículo 590 del Código Civil (tierras que no tienen dueño), sin que los rapanui pudieran ejercer nunca su derecho a oposición.

La distribución de la tierra en Isla de Pascua está configurada de la siguiente manera: del total de la superficie de la isla, el 13,61% en manos de miembros del pueblo rapanui bajo la forma de títulos de dominio, más del 70% (Parque Nacional Rapa Nui y Fundo Vaitea) bajo

⁸⁸ *Ibid.*, p.303.

⁸⁹ www.bienesnacionales.cl: “Ministro de Bienes Nacionales: ‘Procuramos una respuesta a la demanda histórica de los pueblos indígenas’”, 24 de junio de 2014.

administración fiscal y el 13,59% en posesión o tenencia de naturales rapanui sin título otorgado por el Estado. De la cifra total de títulos, el 9% se ha entregado durante el período 1990-2005, lo que incluye la denominada primera etapa de restitución de tierras agrícolas a la etnia rapanui: 252 títulos de dominio individuales en zonas rurales, otorgados en el proceso de parcelación 1998-2000. El programa solo se cumplió en su primera etapa; a ello se debe que solo el 13% de la Isla esté en manos de los rapanui.

A finales de la década del sesenta, para el establecimiento de los nuevos servicios públicos chilenos, algunos rapanui entregaron, pres-taron o donaron, bajo promesa de futuras compensaciones, terrenos que les habían sido asignados mediante títulos provisorios por la Armada o basados en derechos ancestrales, en el poblado de Hanga Roa. Así se construyó el centro cívico, las oficinas y viviendas para los funcionarios y el Museo Antropológico, entre muchos otros edificios públicos. Cabe consignar que estas asignaciones de la Armada, mediante títulos provisorios, no fueron más que una escrituración (en su mayoría defectuosa y poco prolija) de los territorios que las familias rapanui ya ocupaban en Hanga Roa.

Estos son los hechos fundantes de los conflictos territoriales actuales, en particular, de la toma de terrenos de 2010 y el violento desalojo realizado por fuerzas especiales de Carabineros a principios de 2011.⁹⁰ Los descendientes de quienes participaron en aquellas cesiones de terrenos urbanos solicitan que se les compense por esos traspasos. Algunos casos han sido resueltos; la mayoría aún espera solución por parte del gobierno.⁹¹

El 26 de enero de 2014, el Ministerio de Bienes Nacionales realizó en Rapa Nui una consulta en base al Convenio 169, sobre la posibilidad de restituir al pueblo rapanui parte del fundo Vaitea, hoy administrado por SASIPA Ltda. (Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua), empresa filial de CORFO que maneja todos las prestaciones de servicios básicos en la isla. El informe sobre la consulta publicado por el Ministerio de Bienes Nacionales con fecha 10 de marzo de 2014 contiene los siguientes resultados: una mayoría superior al 84% de

90 IWGIA, Observatorio Ciudadano, “Los derechos del pueblo rapanui en Isla de Pascua: Informe de Misión Internacional”, 2012.

91 Paradigmático es el caso del hotel Hanga Roa, el único territorio de Rapa Nui que pertenece a particulares y que es reivindicado por el clan rapanui Hitorangui. En efecto, los terrenos en los que se encuentra emplazado el lujoso hotel, hasta 1970, pertenecían a la familia Hito. En esa fecha, la matriarca del clan lo cedió al fisco por 20 años a cambio de una casa. Posteriormente, el terreno fue traspasado a la CORFO, que en 1981 –en plena dictadura– lo vendió al chileno Hugo Salas por \$31 millones, situación que contravenía flagrantemente la Ley Pascua de 1966 y el Decreto 2882 de 1979, que impedían las ventas de terrenos. Posteriormente, en 1996, la familia Schiess compró la sociedad inmobiliaria dueña del terreno y las instalaciones. La familia Hitorangui reivindicó ese territorio en 2010, manteniendo ocupado el hotel por largos meses, siendo desalojados dos veces violentamente por Carabineros. Hasta hoy se encuentran litigando en tribunales para que se reconozcan sus derechos territoriales ancestrales sobre ese lugar.

los participantes del proceso de consulta expresó su opinión favorable respecto a la continuidad de los planes de restitución de tierras en favor del pueblo rapanui. La pregunta 1⁹² de la consulta era sumamente capciosa, puesto que un no por respuesta podía ser interpretado como que los rapanui se negaban a la entrega de tierras, no existiendo una alternativa distinta a los “planes de restitución de tierras” del Ministerio de Bienes Nacionales. Por 207 votos contra 159 a favor, se rechazó la entrega de 1.051 hectáreas fiscales a 262 familias isleñas. Según el informe de Bienes Nacionales, las razones del rechazo son la urgente necesidad de tierras habitacionales en el sector urbano y no de tierras agrícolas, el resguardo del patrimonio arqueológico, la posibilidad de entregar territorio en otro sector de la isla y la ineficacia de entregas de tierra mediante títulos de dominio en propiedad individual.

El tema de la propiedad del territorio de Isla de Pascua no se puede agotar con una consulta, sino que es necesario que se genere un acuerdo amplio, a partir de una decisión de los propios rapanui respecto del destino de los territorios de la isla y la manera en que debe ser administrada. Los terrenos son escasos, de mucho valor arqueológico, y es necesario estudiar si la continua entrega de títulos individuales de dominio a perpetuidad es la mejor decisión o si se requieren otros mecanismos más acordes con las prácticas locales. A nuestro juicio, un primer paso sería un reconocimiento legal por parte del Estado de Chile de que los rapanui detentan la soberanía de la isla y que la isla en su totalidad les pertenece de manera colectiva, debiendo ellos determinar la mejor forma de administrar los territorios.

5. CONCLUSIONES

Como se ha señalado en este capítulo, el Estado chileno ha desarrollado una legislación y política pública destinada a la entrega de tierras a los pueblos indígenas que habitan en el territorio chileno basadas fundamentalmente en la compra de tierras y en el traspaso de tierras fiscales. La protección de los derechos de propiedad sobre tierras, territorios y recursos naturales de ocupación tradicional que hoy brinda el derecho internacional, no solo impone a los Estados el deber de identificar, demarcar y titular dichas tierras, territorios y recursos en su favor, teniendo presente para ello sus formas de tenencia comunal, como se ha argumentado; también constituye una oportunidad para revertir los procesos de desposeimiento de los que fueron víctimas en el pasado. Ello con el objeto de garantizar a estos pueblos su sobrevivencia material y cultural, así como la vida digna de sus integrantes

92 Pregunta 1: “¿Está de acuerdo con que el Ministerio de Bienes Nacionales continúe ejecutando Planes de Restitución de Tierras en favor del pueblo Rapa Nui?”.

en el futuro. La acción estatal en este sentido debe buscar, además, reparar las injusticias históricas cometidas para con estos pueblos, y garantizar una convivencia más armónica entre todos los pueblos que conforman nuestro continente.

Lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, así como las múltiples recomendaciones e informes formulados por diversos órganos internacionales para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el Estado y en la sociedad chilenos. Las deficiencias de la legislación y la política pública, fundamentalmente en la operación del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI, y la demora en la titulación de las tierras fiscales, son reflejo de una política pública expuesta a presiones políticas, poco transparente, que no permite un control sobre los recursos públicos invertidos ni sobre los procedimientos utilizados para la restitución de territorios reivindicados por los pueblos indígenas.

Se trata de una política pública reactiva a los conflictos ocasionados por algunas comunidades indígenas, basada en criterios mercantiles, carente de un procedimiento estructurado y transparente que permita dar solución definitiva a los problemas territoriales de los pueblos indígenas.

La sostenida negativa a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios, no permite augurar una mejor relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile. Mientras ello no cambie, lamentablemente, se mantendrá la situación de desprotección de derechos indígenas que ha sido característica de los últimos años en Chile y es muy posible que prosiga la situación de conflicto entre estas comunidades y el Estado.

En definitiva, el Estado Chileno debe propender a una política pública de restitución territorial, que considere no solo la entrega de tierras sino la devolución de territorios, entendiendo que para los pueblos indígenas sus derechos humanos están basados en la protección de su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra en la que habitan ancestralmente.

6. RECOMENDACIONES

1. Generar un proceso participativo, respetando las obligaciones bajo el Convenio 169 e impulsando un diálogo con las comunidades indígenas del país, especialmente con el pueblo mapuche, para establecer las demandas de territorios y generar políticas públicas de restitución de territorios y recursos naturales.
2. Incrementar el presupuesto destinados al Fondo de Tierras de CONADI, de modo de agilizar efectivamente la restitución a los

pueblos indígenas de las tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados.

3. Adecuar su política pública en materia de tierras indígenas de modo de permitir la restitución a estos pueblos de las tierras de ocupación ancestral de manera compatible con el Convenio 169.
4. Evaluar la práctica de las relocalizaciones de comunidades indígenas, especialmente en el caso del pueblo mapuche, por los efectos que ha tenido en la fragmentación de dichas comunidades.
5. Considerar la utilización de nuevos mecanismos, como la expropiación por causa de interés público, con el fin de garantizar la celeridad y efectividad de la acción del Estado para hacer restitución de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas.
6. Proceder con la mayor celeridad posible y con el acuerdo de los pueblos andinos y rapanui a la restitución de sus territorios que actualmente son tierras fiscales.