

La legislación como aspecto de la relación intercultural

Rodrigo Lillo V¹

ABSTRACT

In the presented text, the author attempted to justify the hypothesis of the fact that the important crisis that is perceived in the relationship of the Chilean State and the Indigenous Peoples that inhabit the territory is produced by reason of the perspective that we use to regulate and to explain phenomena of a different cultural and social reality, that is absolutely detached from this; and that for this purpose, it results illogical to think that could have effective results. In this sense, the current indigenous legislation, damages of with the fact that they have damaged all the previous: they have been dictated a series of procedures that, under the excuse of solving the «tremendous indigenous issue» have intended on the other hand, to solve a problem ours, as in the shortage of production goods; but not the topic of how we relate ourselves to these who are different. Thus, in spite the good intentions that gave light and sense to the Law 19.253 (Indigenous Law), this is only a reiteration of our legal system regularly the distribution of scarce resources, through the application of the concept of real rights on a saleable goods, according to the definition of «the land» between us. That, in fact, the possibility of solving these conflicts, does not depend on what could adequately that could seem us «our solution» of the problem, but, of the possibility of establishing covenanted and agreed answers. The possibility of acceding to a relationship intercultural more positive, depends in short of up to that point are capable of assuming the autonomy as a value, in the sense of understanding that exist other so valid conceptions as the our of the well; «that each human being - or human group - possesses the capacity of tracing his own life plan, and, in end, of adapting the set of their acts to that plan».

RESUMEN

En el texto que se presenta se intenta justificar la hipótesis de que la importante crisis que se percibe en la relación del Estado chileno y los Pueblos Indígenas que habitan en su territorio se produce por razón de la perspectiva que utilizamos para regular y explicar fenómenos de una realidad social y cultural distinta, que es absolutamente ajena a ella; y que por lo mismo, resulta ilógico pensar que pueda resultar efectiva. En este sentido, la legislación indígena actual, adolece del defecto de que han adolecido todas las anteriores: se han dictado una serie de normas que, bajo la excusa de resolver la "fantasmagórica cuestión indígena"

¹ Abogado de la Fundación Instituto Indígena y profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco.

² Es decir, aquella relación que se da en términos más simétricos, permitiendo la influencia recíproca entre los sujetos culturales de la relación, que neutralice los intereses hegemónicos de estos, lo que provocan la eliminación o sustitución de un sistema cultural por otro.

³ Ver PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS (1998). "¿Por qué necesitamos a Kant?". Revista Estudios Públicos N° 69, verano del 98, pág. 5 y siguientes. Publicado por el Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile.

⁴ Así ha llamado José Bengoa a la historia del Pueblo Mapuche en la presentación de su libro del mismo nombre, editado por Sur ediciones, 5ª edición, Julio de 1996.

han pretendido en cambio resolver un problema nuestro, como lo es la escasez de bienes de producción; mas no, el tema de cómo nos relacionamos con quienes son distintos. Así, pese a las buenas intenciones que dieron luz y sentido a la Ley N° 19.253 (Ley Indígena), esta no viene a ser sino una reiteración de nuestro sistema legal sobre la distribución de los recursos escasos, mediante la aplicación del concepto de los derechos reales sobre una cosa comerciable, según es definida la tierra entre nosotros. Que, en definitiva, la posibilidad de resolver estos conflictos, no depende de lo adecuado que pueda parecer nos "nuestra solución" del problema, sino, de la posibilidad de establecer respuestas pactadas y acordadas. La posibilidad de acceder a una relación intercultural más positiva¹, depende en suma de hasta que punto somos capaces de asumir la autonomía como un valor, en el sentido de entender que existen otras concepciones tan valideras como la nuestra del bien; "que cada ser humano -o grupo humano- posee la capacidad de trazar su propio plan de vida, y, en fin, de adecuar el conjunto de sus actos a ese plan"².

Desde el Acuerdo de Nueva Imperial asistimos a lo que se ha querido denominar cómo una nueva relación entre la sociedad mayor y los pueblos indígenas en nuestro país. Esto es aparentemente así, si lo apreciamos desde el punto de vista de la situación jurídica anterior a 1993. La propia discusión en el parlamento se dio en los términos del pago de la deuda histórica. En este sentido, y hasta ahora, distintos sectores de la sociedad perciben esta ley como un avance. No obstante, y desde un tiempo a esta parte los conflictos entre los pueblos indígenas y la sociedad mayor, entre grupos étnicos y el Estado parecen multiplicarse y agudizarse. Algo parece no estar funcionando.

Quienes lucharon con fuerza y trabajaron con energía con el objeto de que este conjunto de ideales se transformaran en ley, tuvieron el sueño de que con el decreto promulgatorio del presidente de la República, que aseguraba la vigencia de la nueva ley, se acababa también la "historia de la intolerancia"³ y se daba comienzo a una nueva etapa histórica en la relación del Estado chileno con los Pueblos Indígenas que aquí habitan.

Desde un punto de vista del contenido ideológico, esta ley, se puede resumir de la siguiente manera: i) el Estado de Chile reconoce la existencia de las etnias (no de los Pueblos Indígenas). Con lo que, podemos afirmar jurídicamente, que el nuestro, es un país pluriétnico, ii) el Estado valora la existencia de esta etnias, porque entiende que forman parte de la historia de nuestra nación, y constituyen los primeros habitantes de su territorio; que además aporta una diversidad a nuestra conformación cultural. iii) el Estado reconoce que la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de esas etnias. Por último y como forma de realizar estos principios, se establece iv) el deber del Estado y la sociedad, de "respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación y su equilibrio ecológico y

propender a su ampliación” (artículo 1º, Ley N° 19.253).

La protección a que hace referencia el artículo 1º de la Ley, se traduce en diversas limitaciones a la libertad de intercambio de bienes, se crea un fondo de tierras, se establecen normas que fomentan la educación intercultural y, en fin, se consagra además la existencia de un órgano que debe velar por el cumplimiento de estos deberes y al que corresponde la coordinación de las políticas públicas respecto de los indígenas. El desafío jurídico de dicha creación consistía en poder ensamblar este estatuto jurídico especial, que establecía limitaciones al dominio, en un sistema jurídico como el nuestro, que dispone un lugar de preferencia para el derecho a disponer de algo arbitrariamente. La pretensión de fondo que plantea esta legislación, en cambio, consiste en hacer coincidir el interés nacional de conservar la diversidad cultural, y el de desarrollar un sistema económico basado en la propiedad privada y en el libre intercambio de bienes.

La norma parece aprobar -al menos- el examen de constitucionalidad⁵. El hecho de establecer restricciones a un derecho como el de propiedad privada, no significa una negación de esta facultad fundamental. La misma legislación plantea numerosas situaciones de esta naturaleza, en las cuales es posible restringir o limitar un derecho como este, sin pensar por un momento, que se trate de una contradicción. En el amplio marco de los derechos fundamentales, sólo para algunos pocos se reserva la calidad de absolutos (probablemente el derecho a la integridad física, establecido para erradicar la tortura, sea una de los pocas excepciones); dentro de las cuales no se encuentra el derecho de propiedad, el cual es concebido más bien como un medio para el logro de otros fines más valiosos como la realización del hombre. De la misma manera, decimos que las limitaciones del artículo 13 de la ley, se encuentran en plena armonía con nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en los artículos 19 N° 23 y 24 de la Constitución Política, de cuyas normas, ésta es una excepción prevista. En todo caso, no es posible circunscribir el examen constitucional de la Ley N° 19.253 al derecho de propiedad; sería reducir la naturaleza de la Carta Fundamental, a un estatuto del derecho de propiedad privada⁶.

Ahora bien, el fracaso o éxito de la propuesta de Nueva Imperial, debe analizarse de acuerdo a los objetivos que se tuvieron a la vista; desde esta perspectiva decimos que sí lo que se pretendía era establecer una legislación protectora de los indígenas, la ley indígena se presenta como un adecuado instrumento, que sin duda implica un cambio en la situación jurídica de los indígenas que habitan territorio chileno.

No obstante, nuestro problema sigue consistiendo en definir ésta relación como una “cuestión indígena”; denominación que parece contribuir aún más a la estigmatización a que hemos sometido a los indígenas durante toda nuestra historia republicana. El tema consiste, mas bien, en cómo logramos abordar una relación equivalente entre Pueblos Indígenas y sociedad nacional. Intentaremos demostrar mediante algunas situaciones reales que se individualizan, que la dificultad para relacionarnos con los que son diferentes, parece ser una dificultad mayor, y que, la insistencia en el voluntarismo de querer imponer nuestras soluciones (por más pluralistas que nos parezcan), convertirá la salida jurídi-

ca, no sólo en una infructuosa; sino que además, se convertirá en un eficaz instrumento de aculturación y devastación de una cultura -tal como ha sido utilizada hasta ahora-.

2.- Paradigma de las leyes indígenas en Chile

Desde los albores de la República se manifiesta el deseo incontenible del Estado por establecer normas que regularan, no las personas indígenas (respecto de quienes el criollismo ilustrado de la época, no podían establecerse estatutos diversos, so pena de atentar el principio de igualdad), sino respecto de sus Tierras. Para demostrar este aserto baste señalar la ley de 1866, por la cual se entrega al Estado todos los inmuebles baldíos y aquellos respecto de los cuales no esté comprobada la posesión efectiva por más de un año, se le faculta para enajenarlos facilitando su colonización. Y que en general, las “leyes indígenas”, han sido en realidad leyes sobre las tierras indígenas o sobre las posesiones de los indígenas. Así, la Ley de 1933, establece la prohibición de adquirir tierras indígenas por diez años; Ley N° 4169 de 1927, que crea un Tribunal especial cuya función era promover la división de las tierras comunitarias indígenas; Ley N° 4.802 de 1930, crea cinco “Juzgados de Indios”, que buscaba obtener la división de las comunidades (aún en contra de la voluntad de los comuneros); Decreto Supremo 4111 de 1931, que disponía y regulaba la división de las comunidades indígenas formadas a la luz de las concesiones de merced; Ley N° 14.511, que regulaba también la división⁷.

Estas leyes, en efecto, han dedicado sus articulados a definir y establecer un estatuto de la tierra indígena; estableciendo restricciones, limitaciones y prohibiciones que -en ocasiones- suponían, la visión de un sujeto inferior e incapaz de administrar sus bienes de una manera “civilizada”.

En todo caso, y más allá de las oscuras o buenas intenciones que pudieron tener los ideólogos y redactores de cada una de ellas, el resultado de la aplicación de esas normas fue persistentemente el mismo: cada nueva ley indígena significó siempre una restricción territorial para los mapuche. Desde la época de la Conquista, luego la Colonia, más tarde la Independencia; luego con el acaecimiento de la ocupación de la Araucanía y los posteriores procesos de colonización, y de disputas más o menos violentas con colonos y agricultores; siempre los mapuche fueron perjudicados en su territorio: La historia de este despojo está a la vista. A la llegada de Pedro de Valdivia, los mapuche poseían cerca de 31.000.000 de hectáreas; mientras a la época de la “Pacificación de la Araucanía”, sólo ocupaban 10.000.000 del Bio-bio hacia el sur; en cambio, la tierra entregada a los mapuche con la radicación no ascendía a más de 570.000 hectáreas.

Un intento por asimilar a los mapuche, por la vía de la incorporación de sus tierras a los estatutos de la propiedad privada vigentes para la generalidad de los chilenos; proceso que, en relación al territorio, comenzó con el despojo, continuó con la reducción, la asignación de títulos comunes, y pretendió concluir con la conversión de los mapuche en pequeños propietarios y campesinos.

De esta manera, dos procesos se producen de manera paralela y estrechamente relacionados; por una parte la aculturación, por la otra el despojo de tierras. Disminución

⁵ Ver PRECHT P., JORGE (1997). Informe en derecho “Constitucionalidad del estatuto jurídico de CONADI en referencia al artículo 19 N° 23, 19 N° 24 y 19 N° 21 de la Constitución

⁶ En este sentido, decimos también que, conforme a los principios filosóficos a los que adscribe nuestro sistema jurídico; decimos que nuestro orden es uno que valora al hombre como un individuo único, irrepetible y autónomo, en el sentido de disponer de la capacidad de tener una visión sobre el bien y constituir un plan de vida conforme a ello. Asimismo, la ley indígena aprecia el valor de la interculturalidad, que no es más que el valor de la autonomía, trasladándolo desde el sujeto individual, a uno colectivo. Estableciendo como una necesidad la existencia de grupos que posean una cultura propia, y que forman parte del sustento histórico de la “nación chilena”, por constituir los primeros habitantes de su territorio.

⁷ BILWIN, J. et al (1995). “Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena”. Instituto de Estudios Indígena, Temuco, Chile.

territorial que no tiene como única causa la ocupación militar. En efecto, posterior a la radicación se producirá un proceso de asentamiento de los colonos chilenos y extranjeros en la zona, lo que se hará de manera más o menos violenta, y que significará en todo caso, nuevas disminuciones de terrenos, provocados por un sistema jurídico que lógicamente protegía con mayor eficacia a quienes poseían mayores experticias sobre él.

El hecho de por qué el Estado chileno se preocupó de las tierras, puede encontrar una explicación fundada. La campaña militar en la Araucanía de fines del siglo pasado, ha sido explicada en la idea de que no podían existir enclaves en que la soberanía del Estado no se hiciera sentir; sin embargo, detrás de ello, había además una idea de que en la frontera existían tierras fértiles, útiles para la explotación triguera, que se encontraba en poder de individuos incapaces de aprovechar tales riquezas (los mismos que vertieron su sangre en la bandera, por su resistencia a la conquista española), que nunca podrían obtener una un rendimiento pleno, pues era conocida su conformación inferior, así como su condición de alcohólicos y perezosos. Todo esto, en pleno desarrollo de la naciente República chilena. Por estas mismas razones es que posteriormente se prefirió al colono, al distribuir la tierras obtenidas como botín de guerra⁸; esta misma percepción del Estado respecto de los mapuche, han motivado en los agentes del Estado (tribunales de justicia, notarios y conservadores, autoridades administrativas), una actitud discriminatoria respecto de los mapuche, propendiendo a su asimilación y/o aculturación.

Sólo avanzada la segunda mitad del siglo podemos encontrar un proceso legislativo distinto, respecto de los indígenas. El 26 de Septiembre de 1972 se dicta la Ley N° 17.729. A través de este cuerpo legislativo se intenta recoger antiguos anhelos de los indígenas que habitan territorio chileno; para ello se realizan en el sur del país algunos Congresos o *trawün*. El resultado obtenido fue el establecimiento de ciertas normas sobre protección de la Tierra, sobre prueba de estado civil de las personas, etc. La Ley N° 17.729 prácticamente no tuvo vigencia real, sea por el advenimiento del gobierno militar, como por la dictación de los mencionados Decretos Leyes N° 2.568 y N° 2.750. Con estos decretos culmina el proceso de radicación iniciado cien años atrás. En ellos se disponía la división de las "reservas indígenas", teniendo como meta, la desaparición de todo régimen especial de regulación de las tierras y las personas: propiciando la desaparición -en definitiva- de los pueblos indígenas en Chile.

Esta opción política adoptada por el Gobierno de la época, movilizó nuevamente a los indígenas, así como antes lo hicieron en la Federación Araucana de Aburto Panguilef a principios de siglo, en congresos y asambleas, o en las movilizaciones por Tierra en el año 69 y principios de los 70⁹, organizándose en los "centros culturales", formados al amparo de la Iglesia Católica, que en el año 1979 daría lugar a la Asociación Gremial de pequeños agricultores y artesanos *Ad mapu*, y a otra serie de organizaciones o referentes que fueron transformando a la sociedad civil mapuche en un importante actor político en la determinación de su propio destino. Tanto así, que en el año 1989 muchas de estas organizaciones suscriben, con las fuerzas políticas que apoyaban al entonces candidato, Patricio Aylwin Azócar -a la postre, Presidente de la República- el ya referido *Acuerdo de Nueva Imperial*. Fruto de este compromiso, nace posteriormente la *Comisión Especial de Pueblos Indígenas* que se aboca al estudio de un proyecto

de Ley para que "al fin" se resuelva el "problema indígena".

El proyecto que de este trabajo se obtiene, lo presenta el gobierno al Congreso, en donde resulta modificado de manera importante. Aún así, este cuerpo legal opta expresamente por la protección de los indígenas, en razón del interés que toda la nación tendría por conservar la tradición de éstas "etnias". Se establecen normas sobre el reconocimiento del estado civil, asociatividad indígenas, normas sobre educación intercultural, y la creación de "un servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Cooperación, denominada Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Este órgano es el encargado de canalizar las políticas públicas del Estado hacia los indígenas, y principalmente, "promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional". Todo esto a partir de la idea del pago de la deuda histórica, y fundado además, en el valor expresado, que para el Estado representa la existencia de estos grupos humanos, que comparten rasgos culturales, autoidentificación y la preexistencia respecto del Estado chileno, en su territorio.

No obstante la opción de protección a que adscribe la 19.253, el paradigma desde el que se plantea, no varía un ápice de la evolución histórica legislativa chilena sobre tierras indígenas. En efecto, la protección que se da de las tierras parte desde una perspectiva occidental, imponiendo conceptos como el de propiedad privada, representatividad en la organización, enriquecimiento como única forma de desarrollo, etc. Con lo que en definitiva no soluciona -una vez más- sino *nuestro problema* de cómo distribuir los bienes escasos, agregando apenas una variable: uno de los criterios para realizar dicha distribución tiene que ver con el origen étnico de uno de los actores. Con esto, la "protección" que el Estado chileno otorga a los indígenas y a sus tierras resulta reducida en la práctica; en efecto, y según se dirá, no parece ser suficiente el hecho de establecer restricciones a la libertad económica de los mapuche y su ejercicio del derecho de dominio, para mejorar la relación intercultural entre nosotros.

3.- La Ley N° 19.253 y el concepto de Tierra Indígena.

La ley 19.253, vigente desde 1993, es el producto tangible del acuerdo de Nueva Imperial; mientras que la CONADI, es el órgano del Estado encargado de velar por su aplicación. En el artículo 1° de ese cuerpo legal, se manifiesta una declaración de principios en virtud del cual, el Estado chileno valora la existencia de estas "etnias", y se compromete -por lo mismo- a dar protección a sus tierras, su cultura y propender a la ampliación de aquellas y a su explotación equilibrada; en el entendido que el desarrollo y la reproducción de estas culturas es relevante para la "nación chilena".

Es en este interés de la Nación chilena en el que se funda el artículo 13 de la Ley N° 19.253, sobre fomento, protección y desarrollo de los indígenas, que establece la medida de protección de mayor impacto, que el estado establece para proteger las tierras de los indígenas. Precisamente este fundamento es el que dota a la ley indígena de una posición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico. En efecto, dentro de nuestro orden jurídico, el tema de la nación y la soberanía

⁸ Así, durante la radicación se entregaron un promedio de 6 há. Por persona mapuche, a través de los títulos de merced. A cada colono en cambio se le entregó..... mis aperos y herramientas

nacional, fue tratado con mucha prolijidad por el constituyente del '80. El artículo 5° de la Constitución establece que la soberanía reside esencialmente en la nación⁹, cuyo límite lo constituyen los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Se establece el deber del Estado de resguardar la seguridad nacional, disponiendo para ello de las Fuerzas armadas y un órgano más novedoso, "el consejo de seguridad nacional", al que le dedica un capítulo completo (capítulo XI de la Constitución Política chilena).

Además, se establece como uno de los contenidos de la función social de la propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución Política), incluso antes que la utilidad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Como ha quedado explicado la limitación establecida en el artículo 13 (de enajenación restringida, y gravámenes autorizados previamente por CONADI), no constituye una especificidad que altere la naturaleza del derecho de propiedad tal como se encuentra reconocido entre nosotros; que se aleje por lo mismo del sistema legal chileno. Así, los extranjeros no pueden adquirir el dominio de bienes raíces situados en zonas fronterizas (DL 1939 del año 77¹⁰), tampoco se pueden adquirir los objetos dedicados al culto, por disposición del derecho canónico (a cuya competencia el Código Civil deja dicha regulación), tampoco se permite, por la Ley de Control de Armas, la adquisición de cierto tipo de armas y/o explosivos; no obstante a nadie se le ha ocurrido plantear la inconstitucionalidad de dichas normas, porque corresponden a limitaciones que se encuentran perfectamente incorporadas en el concepto de derecho de dominio recogido por nuestra carta fundamental. En efecto, la concepción del derecho de propiedad entre nosotros, pese a toda la relevancia que tiene, no es absoluto y admite -por cierto- limitaciones. Se concibe el dominio, como un derecho que en sí mismo no tiene un valor sino en cuanto constituye un elemento para que el hombre alcance su plenitud. Por esto que el constituyente de 1980, estableció que su límite lo constituía la función social, es decir, que debe ejercerse en armonía con intereses colectivos. La función social esta determinada por el interés de la nación, la utilidad pública, la seguridad nacional, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Las normas relativas a las *tierras* en la Ley indígena, sólo encuentran su sentido, atendiendo al objetivo planteado, "de protección y fomento y desarrollo de los indígenas", y al carácter de pago de la deuda histórica. Este compromiso sellado por casi la unanimidad de los parlamentarios, da cuenta de una opción tomada por el Estado chileno en esta materia. Dicho de otro modo, las normas de protección de la tierra indígena, constituyen el reflejo de las intenciones expresadas por el legislador. Será necesario entonces, detenerse en el examen de ellas, para comprender el tipo de protección propuesto y su correspondencia con los principios planteados.

Los mecanismos que la ley establece para la protección de la Tierra de los indígenas, son fundamentalmente dos: 1) **las limitaciones al dominio establecidas en el artículo 13 de la ley;** y 2) **el Fondo y/o subsidio de Tierras**, cuya administración corresponde a la CONADI. El mérito del legislador consiste en haber ensamblado estas normas especiales, en un sistema que aparece a primera vista como contrario a este tipo de restricciones.

I) La primera de estas herramientas es la limitación a la propiedad, prevista en el artículo 13 :

⁹ Cuyo concepto y fundamento ha generado discusión entre los constitucionalistas.

¹⁰ Entre los requisitos para ser indígenas, destaca la exigencia de ser chileno. Anteponiendo de esta manera una vez más la soberanía del Estado a la naturaleza de las cosas, provocando la curiosidad de que los mapuche de la cordillera Argentina, no lo son, ni los Aymaras de Bolivia, son tampoco indígenas para nuestra ley.

"artículo 13. Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia."

No es posible entender el contenido de la norma, si no accedemos a dos conceptos que la ley define, Tierra Indígena y Persona Indígena. El concepto de tierra indígena no lo entrega la ley, pero sí señala, cuales son éstas. De aquí entonces, podremos extraer alguna noción.

"Art. 12. Son tierras indígenas: 1.- Aquellas que personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos :.... 2.- Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el registro de Tierras Indígena que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad. 3.- Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro perteneciente en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia. 4.- Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado....."

A su vez el artículo 2° establece quiénes son indígenas, sin -una vez más- definirlos¹⁰. La terminología usada por el legislador -que parece ser un poco presuntuosa- no debe llevarnos a confusión : lo que la ley indígena protege es -ni más ni menos- *la propiedad privada de los indígenas*. De esta manera, la ley indígena, sin apartarse ni un ápice de los conceptos ideológicos de nuestro Código Civil, reproduce fielmente los principios de un ordenamiento jurídico que encuentra sus bases históricas y políticas muy lejos de La Frontera.

En efecto, la norma del artículo 13 da protección sólo a aquella ocupación mapuche que logre ser acreditada como propiedad, o al menos posesión, en el sentido que la ley chilena da a estas. Esto significará, que la relación existente entre la tierra y el mapuche, debe ser una que responda a lo que el Código Civil chileno define como un *derecho real*, porque se ejerce directamente sobre una cosa, sin "respecto a determinada persona". Debe además ser una que se defina como el derecho del mapuche a disponer de ella (de la tierra) **arbitrariamente**, no siendo contra ley y contra derecho ajeno. Será por lo mismo necesario, para el mapuche, justificar su tenencia ante el juez de turno, mediante la dualidad título/modo, que es como se adquiere entre nosotros la propiedad. Se requiere un título, es decir, un antecedente que justifique la propiedad o posesión, que la ley indígena restringe a aquellas que señala en el artículo 12, y un modo de adquirir, que se encuentran celosamente enunciados por la ley.

De tal manera decimos que para que un mapuche pueda recurrir a los mecanismos jurídicos para proteger su tierra, deben darse al menos dos condiciones: 1) que el ante-

cedente, remoto o reciente, de adquisición de la tierra se encuentre en los enumerados por la ley¹¹, y 2) que el *hombre de la tierra* exhiba su inscripción practicada en el conservador de bienes raíces respectivo.

No bastará que el mapuche ocupe su tierra "de alguna otra manera", como dice el Convenio 169 de la OIT. Será necesario que el mapuche sea además dueño de la Tierra: que, además de la ocupación, justifique alguna relación jurídica con esta cosa.

La idea del "nuevo trato" parece esfumarse ante esta explicación. No sólo, porque estas concepciones y alcances no parecen ni siquiera acercarse a los que emanan de la cosmovisión de los indígenas -y en particular, de los mapuche-; sino porque además estos mismos instrumentos (aplicados con otra intencionalidad) fueron utilizados para despojarlos de su territorio.

El artículo 13 es entonces absolutamente funcional al orden jurídico chileno; pero parece -por oposición- muy alejado de las concepciones más arraigadas entre los mapuche. Para demostrar esta aseveración, baste recordar que la propiedad privada es una concepción muy antigua, en el pensamiento occidental: consagrada en nuestro Código Civil, que reconoce como antecedentes a su similar francés, de principios del siglo XIX, las leyes de indias, y hasta el derecho romano; y en la Constitución desde 1925. Entre los indígenas, en cambio, la relación del hombre con la tierra no se define según lo que puede hacer con ella. No se reduce sólo a lo económico, sino que involucra también lo familiar y lo religioso. Pareciera ser -en verdad- que cualquier relación del hombre con la tierra no se puede ejercer **sino respecto de otra persona**: ni parece consistir en un poder total, para gozar y disponer de ella, hasta incluso destruirla. En cuanto al contenido, la relación con la tierra, parece ser entre los mapuche (y probablemente entre otras naciones originarias de América) de utilización temporal, teniendo presente la identificación con ella, más que el señorío sobre ella, resultando complicado por lo mismo pensar en una relación tan definida y absoluta como la propiedad privada.

El sostener que los mapuche de hoy, conciben y entienden la propiedad como cualquier chileno no-mapuche, no es óbice para señalar que -aún en este caso- no es posible establecer relaciones interculturales simétricas si impongo mis concepciones tradicionales sobre cómo utilizar los recursos naturales, desoyendo los antecedentes culturales del otro.

En otro sentido, decimos que resulta inapropiada esta protección, porque el referirse a antecedentes de concesiones otorgadas por el Estado, involucra *per se* una apreciación profundamente etnocéntrica y de disvalor del otro: "te reconozco y te cuido en lo que yo te he dado". (En realidad es lo que "te he quitado"). Efectivamente y a la luz de los numerales del artículo 12, no se protege lo que fue el territorio mapuche, sino aquello a lo que, por una política del Estado, fue siendo sistemáticamente reducido. Así, por la vía de la radicación, se les otorgó título de merced sobre porciones de tierra, bastante inferiores a aquellos que constituían su *espacio de influencia*, donde no se ejercía una relación de dominio como la que nosotros conocemos. Desconociendo la naturaleza transhumante de los mapuche, desconociendo también, otro tipo de vinculación con la tierra, distinto al que nosotros conocemos. Luego, también por acción del derecho, vino la división, privándolos de espacios comunes y con la intención de despojarlos incluso de su propia identidad.

2) La segunda de las herramientas la constituye el denominado Fondo de Tierras y aguas, regulado en el artículo 20 de la Ley.

"art. 20 Créase un fondo para Tierras y Aguas Indígenas¹² administrado por la Corporación. A través de este Fondo la Corporación podrá cumplir con los siguientes objetivos:

- a) *Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, Comunidades Indígenas o una parte de éstas cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, con aprobación de la Corporación. Para obtener este subsidio se distinguirá entre postulaciones individuales y de comunidades. Para las postulaciones individuales el puntaje estará dado por el ahorro previo, situación socioeconómica y grupo familiar. Para las postulaciones de comunidades el puntaje estará determinado, además de los requisitos de la postulación individual por su antigüedad y número de asociados. Un Reglamento establecerá la forma, condiciones y requisitos de su operatoria;*
- b) *Financiar mecanismos 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 reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas.*
- c) *Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso. El Presidente de la República, en un reglamento establecerá el modo de operar del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas".*

El Fondo de Tierras constituye un subsidio del Estado, por el cual, y en aplicación del principio de igualdad y del mecanismo de discriminación positiva, se asignan recursos públicos para la adquisición de bienes raíces que tiendan a ampliar la propiedad en manos de los indígenas, mediante dos alternativas: recursos destinados a la compra de predios en conflicto, o que permiten resolver el mismo; y la del subsidio de tierras. Por el primero, se pretende adquirir predios para comunidades cuyas ocupaciones hayan o estén en conflicto en cuanto a su posesión, y se hayan agotado las vías judiciales. Este *subfondo* se encuentra pensado en la línea del pago de la deuda histórica y beneficia, en la práctica, a comunidades más que a personas naturales. Por el segundo, en cambio se intenta beneficiar a las personas naturales y corresponde a un aporte del Estado, concursable, a fin de que puedan adquirir hijuelas, de la misma manera como, a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, se subsidia la compra de casa habitacionales.

Si bien, el Fondo de Tierras en conflicto, constituye

¹¹ Los que mayoritariamente, se refieren a concesiones gratuitas que el Estado chileno a hecho a los indígenas.

¹² La redacción de este artículo podría llevarnos a pensar que existen "aguas indígenas" las que -en todo caso- no se encuentran definidas en la ley.

un aporte positivo en el sentido que pretende, su efectividad en el logro del mismo dependerá de las perspectivas con que se planteen su aplicación. En efecto, la modalidad por la que se intenta concretar esta forma de pagar la deuda histórica es a través de la compra de predios; es decir, a través de un negocio entre el Estado y un particular, en beneficio de una comunidad indígena. Ahora bien, como los fondos son (y probablemente lo seguirán siendo) escasos y su administración corresponde a la CONADI, la eficiencia de la gestión de la Corporación en este sentido, será evaluada en tanto cuanto –y conforme a las reglas del mercado– se pague por un terreno, el menor precio por el que los vendedores estén dispuestos a venderlo; y por lo tanto que ese negocio, sea además un “buen negocio”. La eficacia del Fondo no puede ser mensurable sólo en relación a esta última circunstancia, quedando en segundo o en tercer plano, la decisión de los propios beneficiados, determinada por una razón histórica, religiosa, una situación de actual ocupación, de opción de desarrollo, u otro. De otro modo, con suerte estaremos promoviendo la inserción de los mapuche, en un sistema económico como el nuestro, pero no estaremos otorgando una compensación histórica, si no consideramos siquiera que el objetivo consiste en promover la subsistencia y desarrollo de los indígenas en cuanto tales; y no sólo, en bregar por la superación de la pobreza. De otra parte, queda claramente establecido que la forma de recuperar tierras, consiste en un *negocio*, que dependerá de los fondos disponibles y de la eficiente administración que de ellos haga el servicio público referido. El éxito no puede ser mensurable sólo en relación a esta última circunstancia, quedando en segundo o tercer plano la aspiración de los propios beneficiados, la relación histórica que exista con la tierra, la situación de actual ocupación, la actividad económica y forma de desarrollo escogida, los aspectos religiosos, etc.

En cuanto al subsidio de tierras mencionado, este no corresponde a un contenido original del proyecto, sino que se trata de uno de los aportes efectuados por los legisladores. Este subsidio, se aleja, en realidad de los aspectos más profundos de la relación con la tierra propia de la cosmovisión indígena, y parecen responder solamente al antiguo intento por *campesinizar* a los mapuche; lo que lejos de constituir una forma de fomento, corresponde a un buen intento de asimilación de los indígenas.

4.- Antecedentes que confirman la hipótesis

4.1. La protección del medio ambiente y las comunidades indígenas del cerro *Xen Xen*.

En el año 1996, la Empresa Forestal Mininco S.A. inició un proceso de plantación de árboles exóticos en un inmueble de su propiedad en la comuna de *Carawe*, denominado Fundo Pancul de alrededor de 170 hectáreas. Para proceder a ella previamente se había producido la deforestación del bosque nativo existente, para luego rozar el terreno y proceder a la plantación. El fundo Pancul, como se denomina, se encuentra ubicado en la parte más alta del cerro *Xen Xen*, el cual corresponde a las tierras indígenas ancestrales, que posteriormente y durante el proceso de radicación, le fueron entregados títulos de merced a los Lonkos del sector. Durante la primera mitad del siglo, parte del cerro es adquirido por particulares *winka*. Sin embargo, los mapuche del *Xen Xen*, no han cesado en su intento por recuperar su territorio, más aun considerando el alcance que tiene el *Xen Xen* en la cultura mapuche: que de acuerdo a la leyenda transmitida oralmente a través de las generaciones, corresponde a la serpiente que, representando

espíritus benignos, permitió la subsistencia del Pueblo mapuche al diluvio iniciado por la serpiente denominada *Kai Kai*. El *Xen Xen* tiene un significado de protección para los mapuche. Durante el proceso de reforma agraria, y por aplicación combinada de la Ley Indígena vigente N° 17.729 y la de Reforma Agraria N° 16.640 la comunidad intentó recuperar parte del *Xen Xen* a través de los *asentamientos* establecidos por dicha ley. Sin embargo en definitiva fracasó el proceso, siendo adjudicado a particulares no mapuche, de los cuales adquirió finalmente la forestal.

Actualmente el *Xen Xen* es ocupado en la extensión de toda su falda por comunidades indígenas, las que deben convivir con la actividad de Mininco S.A. Esta actividad podría provocar un daño fundamental en el terreno de la comunidad, dada la configuración geográfica del sector. La deforestación ha significado la desertificación de los suelos. La plantación de especies exóticas, de conformidad a algunos estudios técnicos de que se dispuso, causaría el agotamiento del agua proveniente de los esteros que nacen del *Oñoi*¹³ y que caen por el cerro, lo que afecta la subsistencia de las comunidades. A su vez, la aplicación de pesticidas químicos contaminarán el aire y el agua, provocando efectos en los seres humanos que la ciencia no acaba de descubrir. La aplicación de trampas para eliminar algunas especies roedoras y logomorfos, han transformado el ecosistema de una manera que seguramente transformará la vida de los mapuche del sector. En suma la pretensión de los mapuche consistía influir acerca de las actividades económico productivo a desarrollar en un territorio que consideran propio por motivos –al menos– histórico; y para impedir la depredación de los recursos o elementos que integran tal ecosistema.

El sistema legal chileno no otorga protección a los mapuche de las comunidades del *Xen Xen*, que buscan conservar su territorio, lo que implica a su vez, la preservación de aquellos elementos que hay se encuentran (como las aves, los insectos, los animales, el agua, la vegetación) y que fueron colocados de esa manera por *Chaw Gnechen*, por lo que el hombre debe velar por su conservación. Esto es así, por cuanto para el ordenamiento jurídico, si no disponen de titularidad del dominio, no han adquirido la propiedad, ni poseen parte alguna del Fundo Pancul; no tienen por tanto facultades legales sobre él, ni se trata tampoco de una tierra indígena, sólo corresponderá a Forestal Mininco S.A. disponer el destino de esas tierras, en atención al carácter absoluto y exclusivo del dominio. El hecho de constituir parte de lo que fue su territorio y el deseo de vivir en comunidad, no son límites que puedan oponerse al derecho de dominio.

El orden jurídico le permite a los indígenas restringir legalmente la actividad de la Empresa Forestal, utilizando algunas normas de la Constitución Política y la Ley de Bases del Medio Ambiente; pero sólo, si concurre alguna hipótesis que permita impedir una actividad económica, si de esto se sigue una degradación grave del medioambiente del sector que pueda poner en peligro o afecte la vida de los seres humanos del lugar. En definitiva, la acción judicial interpuesta fue rechazada por los tribunales, por considerar que los temores de los indígenas correspondían solamente a especulaciones que no se habían materializado en la práctica y no se encontraba acreditado que constiuyeran amenazas ciertas a sus derechos, suficientes para paralizar la faena forestal y el ejercicio del derecho de dominio de Mininco S.A. En definitiva se resolvió que, la posibilidad de influencia de los indígenas en el *Xen Xen*, motivado por su deseo de preservación del ecosistema, no era un bien protegido –en este caso– por el orden jurídico, o que de serlo, no tenía mayor fuerza que la del derecho asegurado en el 19 N° 24 de la Constitución.

¹³ Su nombre significa “que vuelve a nacer”.

4.2. La comunidades Pewenches y el uso de las áreas silvestres protegidas.

Es propio de los Pewenche mantener un sistema de transhumancia en virtud del cual (en una actitud que revela la intuitiva tendencia de los mapuche por una actividad económica sustentable), se trasladan durante tres o cuatro meses al año a las zonas cordilleranas más altas, para pastorear sus ganado ovino y bovino y obtener el piñon de la araucaria. Allí se instalan en sus provisorias *rukas*, "puestos" o "pueblas".

Las comunidades indígenas de Lonquimay fueron divididas, al igual que las otras. En estos procesos se les entregaron títulos de dominio (comunitarios y luego individuales) tanto por terrenos aptos para inviernada como suelos de características propias de veranada, que -al igual que en otros lugares- no correspondían al espacio efectivo que ocupaban "de alguna otra manera". No obstante y en algunos casos, hasta hoy, estas veranadas han seguido siendo ocupadas por los pewenche. Constituye una situación de conflicto, el hecho de que un órgano administrativo, como la Corporación Nacional Forestal (CONAF)¹⁴, dispute el uso y aprovechamiento de espacios que han sido declaradas Áreas Silvestres Protegidas (A.S.P.) (sean Parques Nacionales, Reservas Forestales o Monumentos Nacionales, según la nomenclatura utilizada por la Ley de Monumentos Nacionales).

En la comuna de Lonquimay existen diversos espacios considerados ASP: Dos reservas forestales, Malalcahuello y Alto Bio bio. La primera se ubica en la precordillera andina, sector "Cordillera de las raíces" tiene una superficie de 13.730 hectáreas y parte de ellas corresponde a los sectores de veranada de la comunidad indígena de *Mallín del Treile*. La reserva forestal Alto Bio bio se ubica al sudeste de la ciudad de Lonquimay, abarca 33.050 hectáreas y incluye tierras usadas como veranadas por las comunidades Pewenche *Piedra Blanca* y *Raven Pehuen*. Similar situación se da con los Pewenche que *veranean* en el Parque Nacional Villarrica y otros ubicados en las comunas de Curarewe y Pucón.

Mientras los Pewenche han concurrido por años a la alta cordillera para recolectar leña, piñon y talaje para sus animales durante tres o cuatro meses al año, por esta nueva disposición legal, CONAF ha prohibido a los mapuche el ingreso a esta zona, o en otros casos -como el de Piedra Blanca- les cobra una renta por ello.

Los Pewenche ocupan por mucho tiempo estos sectores, velando por mantener su equilibrio ecológico (cuestión que es propia de la concepción mapuche del universo, en el sentido que el *mapu* es concebido como un ente vivo, "en que cada elemento juega un rol en la construcción y equilibrio del cosmos"¹⁵) actualmente, y mientras el título de dominio se encuentre inscrito en el Conservador de Bienes Raíces a nombre del Fisco de Chile y bajo administración de CONAF, los Pewenche no tienen ninguna facultad desde el punto de vista legal. La Corporación Nacional Forestal, a juzgado que los pewenche constituyen agentes depredadores de las especies existentes en estas áreas, por los que les ha prohibido su ingreso. Desde el ordenamiento jurídico, sólo se protege el derecho de uso de los pewenche por la vía de acceder a la propiedad de los terrenos, que en este caso sólo ocurrirá, si por voluntad del Estado se accede a la desafectación de los terrenos por la vía legislativa; o bien mediante el ejercicio del derecho establecido en el artículo 35 de la Ley N° 19.253. En

este artículo se establece la obligación del Estado (a través de sus órganos, Servicio Agrícola y Ganadero : SAG, Corporación Nacional Forestal :CONAF, CONADI) de disponer la forma en que los indígenas harán uso de estas zonas en las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI)¹⁶. Es decir, la obligación de estos órganos de aceptar el uso de las áreas silvestres protegidas por los indígenas, sólo cabe en las áreas de desarrollo indígenas que como nos indica la propia ley, se constituyen mediante un Decreto Supremo por voluntad del Presidente de la República. Además la voluntad del Estado chileno ha quedado expresada también, en la suscripción de los "Acuerdos de Río", que contiene normas (Convenio de Biodiversidad), que postulan las ventajas de entregar la administración de zonas que compartan estos caracteres, a los Pueblos originarios. En el caso de Lonquimay, el decreto de designación de ADI, tras la dictación de la Ley indígena, fue el primero en anunciarse, sin embargo hasta hoy, no ha sido dictado. Pareciera que la vigencia y el fortalecimiento de esta Área de Desarrollo Indígena, pudiera constituir una alternativa a la falta de disposición de tierras por los Pewenche, que les permitiera además plantear la conveniencia del que se les otorgue el uso de las ASP, incluso con fines turísticos.

4.3.- Comunidades indígenas Loncoyán Grande, Pichi Loncoyán y Pililmapu y la expansión forestal.

La hijuela oriente del Fundo Pidenco tiene alrededor de 1400 hectáreas y actualmente pertenece a la empresa forestal Bosques Arauco S.A., quien posee título inscrito vigente a su nombre en el Conservador de Bienes Raíces de Traiguén. Esta hijuela oriente, que a la época de la reforma agraria pertenecía a don Guillermo Uribe Barra, agricultor de la zona, fue ofrecida por su propietario con fecha 2 de Junio de 1971 a la Corporación de Reforma Agraria para su expropiación, junto con el fundo Tranaquepe. Parte del Fundo Pidenco fue entregado a una Cooperativa de agricultores mapuche, y con fecha 15 de Julio se publica en el Diario oficial la resolución de expropiación de CORA. Sin embargo, esta resolución no fue inscrita en el conservador de Bienes Raíces y posteriormente, durante el régimen militar, en lo que se conoció como la contra reforma, esta situación fue revertida y por disposición de la misma CORA (03 de Enero de 1975), se dejó sin efecto la resolución expropiatoria con lo que el predio fue devuelto a su anterior dueño. El año 1980, Uribe vendió este predio, el que al cabo de otras dos transacciones, es adquirido por Bosques Arauco S.A.

En general, se puede decir que, de esta manera fue "forestada" la comuna de Malleco. Los predios que no fueron devueltos a sus dueños, se remataron por la CONAF a muy bajo precio, para que -en definitiva- estas empresas plantaran bajo el fomento o subsidio del Estado, establecido en el DL 701.

A partir del año 1996 dirigentes de la zona de Lumaco y Purén inician un proceso de organización para la recuperación de sus tierras, con miras a restablecer un espacio territorial mapuche. Los mapuche no pudieron recurrir a la Ley Indígena para lograr su aspiración: Forestal Arauco, poseía actualmente el Fundo, justificando su ocupación en una compraventa (título), que se encuentra inscrito en el Registro de Propiedad respectivo (modo). Lo único que podían esgrimir los comuneros de Pililmapu y Pichiloncoyán era un pasado histórico en que por dos ocasiones (previo a la radicación y

¹⁴ Órgano del Estado, descentralizado que, entre otras funciones, le corresponde la administración de las Áreas Silvestres Protegidas.

¹⁵ JALABERT R., MARGARITA V., EAÜNDEZ P., JUAN (1998). "El reconocimiento y aplicación del artículo 35 de la Ley N° 19.253 a 1997-1998", pag. 5. Sin publicar.

¹⁶ Que de acuerdo a la Ley Indígena, corresponden a "espacios territoriales" que por su alta densidad indígena y por reunir otras condiciones, el Estado, a través de sus agentes, con la participación de los indígenas y la sociedad civil, concentrará su acción.

durante el proceso de reforma agraria) esas tierras formaban parte del espacio que ocupaban como su territorio. El fracaso de las comunidades, alentado por la visión parcial de empresarios y autoridades que reiteradamente insistieron en lo que para estos constituía la vigencia del sistema, fomentaron un clima de violencia que terminó con la quema de tres camioneros que transportaban madera de la empresa. La reacción política fue la aplicación de la Ley de Seguridad del Estado para doce personas mapuche por delitos contra el orden público; algo que parece estar muy lejos del espíritu de la ley indígena, pero que es la forma que nosotros los *winka*, hemos utilizado para relacionarnos con las etnias que nos preexisten. Esto es así, pues dicha reacción no constituye un hecho aislado en nuestra historia, en el pasado reciente, el Gobierno solicitó en el año 94, un Juez especial para investigar hechos relacionados con movilizaciones indígenas, que culminó con la condena para 140 personas mapuche por usurpación, asociación ilícita y otros delitos.

Muy cerca de allí, la comunidad Lonocoyán Gande, que se formó tras la adjudicación de un título de merced al cacique Juan Maril y su familia, dentro del cual ya se excluían terrenos que hoy forman parte del Fundo forestal El Rincón. Con fecha 30 de Octubre de 1971, en plena época de aplicación de la reforma agraria, titular del dominio del fundo, Sr. Enrique Stappung, hace entrega del mismo al asentamiento "Pelantaro", formado en su mayoría por personas indígenas pertenecientes a la familia de Juan Maril. El 1º de Septiembre de 1972, se publica en el Diario Oficial la resolución expropiatoria de la Corporación de la Reforma Agraria CORA¹⁷. No obstante, lo anterior, esta resolución nunca se inscribió en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces; por lo que, atendido el sistema de transferencia del dominio entre nosotros, el asentamiento Pelantaro no se hizo dueño del Fundo. Posteriormente, durante el proceso de la contra-reforma la CORA revoca la resolución expropiatoria, transformándose los mapuche de Pelantaro en meros ocupantes del predio, y los bosques plantados pasan a ser de su dueño, E. Stappung. Por la vía judicial, el antiguo dueño recuperó su posesión sobre el bien, procediéndose al desalojo de los indígenas un día 26 de Julio del año 1976.

Actualmente el Fundo El Rincón pertenece a la empresa Forestal Mininco S.A., la que al igual que Bosques Arauco S.A., forestan estos predios subsidiados por el Estado chileno de conformidad a lo establecido en el DL 701. Durante el verano de 1998, mapuche de la comunidad Lonocoyán Grande y ex miembros del asentamiento Pelantaro, inician una ocupación en el fundo El Rincón, con el objeto de recuperarlo. Se inicia un diálogo con autoridades de gobierno. Finalmente la CONADI, accede a utilizar recursos del Fondo de Tierras para resolver este conflicto y comprar tierra para la gente de Juan Maril, sin embargo se excluye de plano el predio correspondiente al Fundo El Rincón, por haber manifestado su dueña la negativa rotunda a acceder a una venta para los mapuche que habían ocupado ilegalmente el predio.

Estos dos casos específicos demuestran, que la Ley Indígena en particular, y el ordenamiento jurídico en general, no favorece la recuperación ni protección de su territorio por los mapuche. Existe sólo un instrumento en la Ley Indígena que se encuentra orientado hacia ese fin, el Fondo de Tierras. No obstante, en un sistema como el nuestro, el proceso de la comunidad esta sometido a la voluntad de la CONADI que debe financiar la compra, con un reducido presupuesto¹⁸, y del actual ocupante para prestar su acuerdo al negocio.

4.4. Comunidad Soto Cariqueo y los cementerios indígenas.

La comunidad indígena Soto Cariqueo habita a 25 km.

¹⁷ Órgano del Estado al que le correspondió la ejecución de la reforma agraria en Chile.

¹⁸ Para 1999, la CONADI dispone de 7.000.000 de pesos para la compra de unas mil hectáreas de tierras usurpadas.

de la ciudad de Galvarino, en el sector de Alto Ruka Xarü, en la provincia de Cautín, Novena Región. Según relatan las personas más antiguas de la comunidad, esta comunidad disponía del territorio ubicado entre la comunidad de José María Liempi, por el Norte; al Sur, con la comunidad Bartolo Raiman; al Poniente, Mateo Huenchuman; y al Oriente, con el río Rucatraru. Alrededor del año 1937, la comunidad (que en ese entonces era conocida como Pichi Soto Cariqueo) abarcaba unas 1500 hectáreas, que eran ocupadas por unas 40 familias.

En el año 1980, llegó al lugar Juan Abelardo Jeréz, quien ofreció al Lonko sus servicios para proteger a la comunidad de bandidos que asolaban la zona. Por lo que se entregaron dos hectáreas de la comunidad para su subsistencia. Posteriormente, Jeréz y su familia, usurpan a la comunidad más de 100 hectáreas de terreno; las que más tarde, durante el proceso de radicación (1910), no son consideradas para la comunidad. Durante este proceso de radicación, se entregan a la comunidad, bajo título de Merced, unas 282 hectáreas; quedando excluido lo que hasta ahora había sido su cementerio. En dicho cementerio se encontrarían enterradas unas 40 personas, entre los cuales figuran el antiguo Lonko de la comunidad, y la machi.

El cementerio se encuentra en propiedad de un tercero no indígena, por lo que no puede considerarse Tierra Indígena. A su vez, la Ley Indígena, sólo faculta el uso de cementerios ubicados en predios ajenos a la comunidad, cuando se trata de predios fiscales. A su vez, el Artículo 28 letra c), se remite a la Ley 17.288, en todo lo que se refiera a las excavaciones de cementerios históricos indígenas.

La Ley 17.288, sobre Monumentos Nacionales reserva para el Consejo de Monumentos Nacionales, la tuición y protección de "...los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes". Este Consejo, es un organismo técnico que depende directamente del Ministerio de Educación. Corresponde al Consejo, entre otras atribuciones, "pronunciarse sobre la conveniencia de declarar Monumentos Nacionales los lugares, ruinas, construcciones u objetos que estime del caso y solicitar... la dictación del decreto supremo correspondiente; gestionar la reivindicación o la cesión o la venta al Estado o la adquisición a cualquier título por este, de los Monumentos Nacionales que sean de propiedad particular; conceder los permisos o autorizaciones para excavaciones de carácter histórico...".

Este cementerio no puede utilizarse por ahora, mientras permanezca bajo posesión de un tercero; y para el caso de que el Consejo de Monumentos Nacionales considere del caso designarlo como Monumento Nacional, su administración pasará a este Consejo y su pertenencia al patrimonio cultural de la nación. Mientras no exista una vinculación mayor entre ambas legislaciones, ni mayor participación de los Pueblos Indígenas en estos procesos, no recuperarán el uso, ni menos, la administración o el dominio de los cementerios que fueron ocupados históricamente por los indígenas.

CONCLUSION

El análisis de cómo influye una legislación que pretende brindar protección a un grupo determinado, y asume la interculturalidad como un valor, no puede reducirse a un examen exegético de la norma; después de todo, la actividad jurídica constituye la realización de actos de habla específico, y debemos desligarnos del modelo de conocimiento reflexivo, conforme al cual el conocimiento es el resultado de la distancia entre el sujeto conocedor y el objeto por conocer, y al lenguaje como la única forma de representar de manera inteligible, la realidad caótica. La idea -dicho de otra manera- que es posible en el proceso cognitivo separar el sujeto que conoce

y el objeto del conocimiento, conformando lo que Broekman llama "la aplicación como forma de pensar"¹⁹: "La acción de aplicar a presupone la separación entre el yo y el mundo, entre el sujeto y el objeto, entre el pensar y el actuar, entre la teoría y la práctica, entre el hecho y la norma, entre el caos y el orden"²⁰.

Diremos acá, más bien, que el derecho no es más que un elemento cultural, y por lo tanto, se debe pensar el derecho como cultura, lo que no implica una visión anárquica o negativa del derecho; significa más bien, no inhibirse del examen de la ideología que se encuentra detrás de una u otra norma o institución. Limitarse al análisis de los instrumentos jurídicos implica sobredimensionar "una visión racional y voluntarística del contrato social"²¹.

Desde este punto de vista, diremos que la Ley indígena en Chile constituye un adecuado instrumento de protección de los indígenas, en un contexto jurídico/legal como el nuestro. En este sentido, la Ley desde el objetivo que se ha planteado parece acertada; sin embargo, este parece ser precisamente el error en que hemos incurrido permanentemente.

No es posible establecer una relación intercultural simétrica como la pretendida, disponiendo una normativa para los pueblos indígenas, que supone siempre encontrarse en el verdadero y único paradigma, y que a partir de dichos principios se pretenda "proteger al otro". Bajo esta perspectiva, existirá un punto que siempre será incomprensible para los indígenas, como lo es la contradictoria pretensión de proteger a los indígenas mediante un sistema que no ha hecho más que oprimirlos.

Así, las normas dictadas durante el siglo pasado, fueron un intento por legitimar la apropiación de sus tierras; luego, el artilugio para lograr su incorporación a nuestro régimen de administración y al mercado de intercambio; y finalmente, el establecimiento de sistemas, que en la práctica, hicieron frágil su conservación en manos de los indígenas, significaron su división y propugnaron en definitiva la división y su posterior desaparición.

Si para nosotros, las leyes indígenas no ha sido sino un intento por regularizar la propiedad de los indígenas para protegerlos y para integrarlos a la sociedad, este mismo proceso ha sido interpretado por los indígenas como la legalización de "la invasión por la fuerza, la transformación legalizada del sistema de organización mapuche en un sistema occidental, la prohibición de vivir nuestras propias creencias..."²².

Basta apreciar el inexorable impacto provocado por leyes dictadas "con buenas intenciones", que se tradujo invariablemente en una progresiva pérdida de territorialidad de los indígenas. Por esta experiencia del pasado no parece oportuno caer en la tentación de modificar la ley para corregir la realidad.

No hemos concluido la historia de la intolerancia. Y la explicación de este juicio, puede ser hoy, la misma que antes: mientras nosotros pretendemos "leer" la realidad desde nuestro prisma, e imponer nuestras propias visiones, negando la posibilidad de otras lecturas, parece imposible que podamos convivir con los que son distintos y no intentar su eliminación/asimilación. Dicho de otro modo, parece irrefutable que la legislación indigenista -o sólo indígena- nunca ha resuelto nuestra relación con las *primeras naciones*, porque bajo la excusa de resolver, una supuesta "cuestión indígena", la ley ha pretendido responder -como se ha dicho- a un requerimiento nuestro, donde los indígenas no son más que un obstáculo. Esta fórmula nunca nos permitirá establecer relación adecuadas con quienes son diversos.

En definitiva parece necesario hacer un adecuado diagnóstico del conflicto; esto implica señalar que no estamos frente a un "problema indígena", no son los indígenas el problema. El problema en definitiva sigue consistiendo, hoy como hace cien años, en cómo se relacionan dos grupos sociales que tiene pasados históricos distintos, que marcan a la vez la existencia de culturas y tradiciones distintas y por lo mismo, una forma de ver, pensar y vivir, muy diferentes (aún cuando tengamos un presente común). Los juristas han obviado esta cuestión por ser indiscutido el paradigma de cómo miramos las cosas y no somos capaces de ponernos en la perspectiva del otro. Por lo mismo mientras intentemos pensar que existe una "cuestión indígena" que se resolverá en cuanto logremos presentar una fórmula jurídica en que los derechos de los indígenas sean mejor protegidos en un sistema como el nuestro, no estaremos avanzando un solo paso en el desarrollo de una relación intercultural adecuada, marcada por la autodeterminación. Concebido de esta manera, persistirá siempre el dilema de la convivencia con los pueblos originarios, mirada bajo el prisma de la otra, única considerada válida. so pena de ser impuesta por la fuerza.

No resulta relevante en este sentido, la adopción de un sistema que nos parece más o menos protector de los derechos a los indígenas, si no somos capaces de dar un salto cualitativo en el tema de la aceptación de la diversidad.

Se dice que, en el camino de configurar una adecuada relación intercultural se hace necesario por una parte, impugnar la postura según la cual, sólo nuestra visión es verdadera y absoluta; y por otro, valorar aquellos aspectos de la cultura que caracterizan a estos Pueblos Indígenas. En ello, corresponde también un papel al derecho, como un aspecto de la cultura de una sociedad. Así se hará necesario relativizar aquella visión del derecho omnicomprendible y absolutizante, en la cual sólo existe aquella interpretación de la realidad incorporada en un determinada legalidad. Por otra será, imprescindible escudriñar en los aspectos jurídicos y judiciales de los indígenas, que probablemente -como ha ocurrido en lo religioso, en lo ético, en las concepciones de desarrollo, etc.- las naciones originarias tendrán un importante aporte que hacer a nuestras sociedades contemporáneas.

BIBLIOGRAFIA

- BENGÓA, J. (1996). "Historia del Pueblo Mapuche". Ediciones Sur, Santiago de Chile.
- DWORKIN, R. (1989). "Los Derechos en serio". Editorial Ariel derecho, Barcelona, España.
- PEÑA GONZÁLEZ, C. (1981). "¿Por qué necesitamos a Kant?". Revista Estudios Públicos, Chile, N° 69, verano del 98.
- AYLWIN, J. et al (1995). "Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena". Instituto de Estudios Indígena, Temuco, Chile.
- PRECHT P., J. (1997). Informe en derecho "Constitucionalidad del estatuto jurídico de CONADI en referencia al artículo 19 N° 23, 19 N° 24 y 19 N° 21 de la Constitución", Valparaíso.
- JALABERT R., M. y P., J. FAÜNDEZ (1998) "El reconocimiento y aplicación del artículo 35 de la Ley N° 19.253 a 1997-1998". Sin publicar.
- BROEKMAN M., J (1993). "Derecho y Antropología". Editorial Civitas S.A., Madrid, España.
- RAIMÁN HUILCAMÁN, G. (1998). "Perspectivas a la salida del conflicto mapuche". En Seminario "Pueblo Mapuche y Expansión Forestal", Universidad Católica de Temuco

¹⁹BROEKMAN, JAN M. (1993). "Derecho y Antropología". Editorial Civitas, Madrid, España; pág. 42 y siguientes.

²⁰Ob. cit., pág. 43.

²¹Ob. cit., pág. 19.

²²RAIMÁN HUILCAMÁN, GALVARINO (1998) "Perspectivas de salida al conflicto Mapuche-forestal", conferencia dictada en el seminario "Pueblo Mapuche y Expansión Forestal", realizada en la Universidad Católica de Temuco en el mes de Mayo de 1998. Por publicar.