



SERIE INFORME **SOCIEDAD Y POLÍTICA**

La Política de Entrega de Tierras: Análisis y Desafíos de cara a un Nuevo Paradigma de la Política Indígena

Yasmin Zaror A. / Juan Pablo Lepín L

**SERIE
INFORME**
SOCIEDAD Y POLÍTICA
ISSN 0718 - 4093

Abril 2016

152

YASMIN ZAROR A.

Cientista Político de la Universidad del Desarrollo,
Investigadora del Programa Sociedad y Política de LyD.

JUAN PABLO LEPÍN L.

Abogado de la Universidad Católica de Temuco,
Director Ejecutivo de la Multigremial de La Araucanía.

CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO **05**

1. INTRODUCCIÓN **06**

2. ANÁLISIS EXHAUSTIVO DE LA
POLÍTICA DE TIERRAS EN CHILE **07**

2.1 Antecedentes históricos 07
2.2 Ley Indígena y política de entrega de tierras 08

3. **POLÍTICA DE TIERRAS**
Y VIOLENCIA **12**

4. **EXPERIENCIA COMPARADA:** POLÍTICA
DE ENTREGA DE TIERRAS Y MECANISMOS
COMPENSATORIOS EN NUEVA ZELANDA,
AUSTRALIA Y CANADÁ **13**

4.1 Experiencia Neozelandesa 13
4.2 Experiencia Australiana 16
4.3 Experiencia Canadiense 18

5. **CONCLUSIONES**
Y ORIENTACIONES **21**

6. REFERENCIAS **BIBLIOGRÁFICAS** **23**

Resumen Ejecutivo

La frágil institucionalidad indígena, ha generado creciente agudización de la violencia en la zona sur del país. Particularmente, la política de entrega de tierras, amparada en la Ley 19.253, se configura como una piedra de tope para la instauración de la paz social en la zona, en cuanto reproduce e intensifica el conflicto. Un análisis pormenorizado de la institucionalidad en materia indígena, permite evidenciar la necesidad de establecer un nuevo orden, que opere bajo la lógica de un paradigma diferente, respondiendo a las necesidades actuales de los pueblos indígenas fomentando su desarrollo integral.

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre el Estado y los pueblos indígenas es un gran desafío para un cúmulo importante de democracias contemporáneas. Hoy más que nunca hemos sido testigos de cómo en el plano nacional el conflicto mapuche ha cambiado de carácter, agudizando sus niveles de violencia y adoptando nuevas expresiones. Dicho tema ha cobrado mayor relevancia en la opinión pública, principalmente por el proceso de deterioro del Estado de Derecho en la zona. De este modo, la presente investigación pretende proporcionar un análisis de la política de tierras y sus consecuencias en el desarrollo y recrudescimiento del conflicto mapuche. En este sentido, se hace necesario indagar en los principales aspectos de la Ley Indígena N°19.253, de manera tal de debatir sobre los reales efectos que esta disposición ha generado tanto en las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, como en el proceso de entrega de tierras. Por consiguiente, cabe preguntarse si efectivamente la ley ha cumplido en su labor de regular la asignación de tierras a los indígenas, y si se ha logrado fomentar el desarrollo de dichos pueblos, al ser estos los ejes centrales para la promulgación de esta normativa.

Por otro lado, a la luz de casos de la experiencia comparada con Australia, Canadá y Nueva Zelanda, se indagará en los mecanismos institucionales para la resolución de demandas de tierras indígenas, con la finalidad de proporcionar antecedentes que puedan guiar futuras políticas locales en la materia.

2. ANÁLISIS EXHAUSTIVO DE LA POLÍTICA DE TIERRAS EN CHILE

2.1 Antecedentes históricos

Han pasado 22 años desde que se inició en Chile un proceso de “restitución de tierras” con los pueblos indígenas, el cual pretendía dar solución a los constantes conflictos en materia de propiedad indígena. A pesar de ello, esta situación continúa siendo la principal arista de las desavenencias entre estos grupos y el Estado, aunque dicha materia actualmente está regulada por la Ley N° 19.253, comúnmente conocida como “Ley Indígena”. El siguiente apartado pretende proporcionar un análisis respecto del tratamiento que se le ha otorgado en nuestro país.

a) La Propiedad Indígena conforme a la legislación histórica:

El Estado entre los años 1884 y 1929 otorgó a los mapuche entre las provincias de Arauco y Osorno, 2.918 títulos de merced por un total de 512.493,67 hectáreas, radicando a un total de 82.629 personas. Los títulos de merced corresponden al establecimiento de las comunidades indígenas sobre el espacio físico que realmente ocupaban.

Años más tarde, en 1927 se publica la Ley N° 4.169, la cual creó un tribunal especial localizado en la ciudad de Temuco, cuya misión era proceder a la división de las comunidades indígenas que tuvieran título de merced. Cabe señalar que dicha disposición, permitía la enajenación de los terrenos, luego de la división de la comunidad. Además, establecía que los indígenas que no tuviesen merced, pero que vivieran en comunidad, serían radicados en terrenos fiscales.

Posteriormente, en 1930 se dictó la Ley N° 4.802 que creó los Juzgados de Indios, los que cumplían la misión de dividir comunidades que habían obtenido su título de merced por

Región	Cantidad de títulos de merced	Superficie (cantidad de hectáreas)
VIII (Biobío)	83	26.367,9
IX (La Araucanía)	2.325	410.961,58
XIV (Los Ríos)	470	69.693,49
X (Los Lagos)	40	5.470,70
TOTAL	2.918	512.493,67

Tabla 1
CANTIDAD Y SUPERFICIE OTORGADA POR EL ESTADO AL PUEBLO MAPUCHE ENTRE LOS AÑOS 1884 Y 1929

Fuente: Informe de Tierras Indígenas –IX región. Multigremial de La Araucanía.

arreglo a las leyes del año 1866 y posteriores. Conjuntamente se dictó el Decreto Supremo N° 4.111, el cual estableció disposiciones sobre división de comunidades, liquidación de créditos y radicación de indígenas. De esta forma, con dichas disposiciones comenzó un proceso de fragmentación de las comunidades que hasta el momento, estaban radicadas en su título de merced¹. Muchas de las tierras divididas fueron posteriormente enajenadas por sus adjudicatarios a particulares en virtud de la legislación vigente hasta 1934. Cabe señalar que establecieron periodos de prohibición de venta entre los años 1947 y 1961.

La Ley N° 17.729 dictada en 1972, puso fin durante el lapso de su vigencia, al proceso de división de las comunidades,

¹ De este modo, se dividió a 832 comunidades, con una cantidad de 132.736,72 hectáreas a un total 2.918 comunidades constituidas por la Comisión Radicadora de Indígenas. Este proceso se llevó a cabo hasta el año 1971.

al instaurar un mecanismo para resolver demandas territoriales y elevando los requisitos para solicitar la división de una comunidad. Sin embargo, dicho mecanismo era arbitrario, estableciendo la expropiación dispuesta en la Ley de Reforma Agraria para tales efectos, lo que produjo graves atentados contra la propiedad privada. Lo anterior, significó la entrega de 68.381 hectáreas a diferentes comunidades, las que luego fueron vendidas y reclamadas. Además, durante la vigencia de esta ley se produjeron ampliaciones en la cabida de los títulos de merced. Específicamente en la VIII región se entregaron 897 hectáreas favoreciendo a 9 comunidades de la provincia de Arauco; en la IX región, 17.775 hectáreas en favor de 29 comunidades de la provincia de Malleco y 7.190 hectáreas para 126 comunidades en la provincia de Cautín. Igualmente se entregaron 10.429 hectáreas a 25 comunidades de la provincia de Valdivia (hoy región de Los Ríos), y 32.000 hectáreas en favor de 2 comunidades de la provincia de Osorno.

En cuanto a los derechos de propiedad individual, el Estado dictó en 1979 el Decreto de Ley N° 2.568, consistente en un proceso expedito y gratuito que facilitó el proceso de obtención de dichos derechos, al facultar a cualquier miembro de una comunidad para solicitar su respectiva división, a través de un abogado defensor de indígenas. Mediante esta legislación se llevó a cabo el proceso divisorio de comunidades indígenas de mayor importancia en nuestra historia, otorgándose un total de 72.068 títulos de dominio a indígenas, con una superficie total de 463.409,81 hectáreas, quedando prácticamente todas las comunidades originarias (con título de merced) subdivididas².

2.2 Ley Indígena y política de entrega de tierras

A grandes rasgos la “Ley Indígena” pretende otorgar un marco jurídico a diversos aspectos de los pueblos indígenas de nuestro país. De este modo, se instauran criterios sobre la calidad indígena y requisitos para la conformación de comunidades. Además, la ley declara como un deber del Estado la protección y promoción del desarrollo de dichos pueblos, estableciendo como eje central de esta política, la tierra. Conforme a ello, se define lo que se entenderá por “tierra indígena”³, especificando que ésta no podrá ser enajenada, gravada, embargada, ni adquirida por prescripción, salvo en casos específicos previa autorización de la CONADI. Un simple análisis de esta norma, permite

Región	Provincia	Cantidad Hectáreas	Cantidad Comunidades
VIII	Arauco	897	9
IX	Malleco	17.775	29
IX	Cautín	7.190	126
XIV	Valdivia	10.429	25
X	Osorno	32.000	2
TOTAL		68.381	191

Tabla 2

ENTREGA DE TIERRAS BAJO LA LEY N° 17.729 DE 1972

Fuente: Multigremial de La Araucanía.

De esta forma, se puede apreciar que en cuanto a la legislación chilena en materia de propiedad indígena, no es posible identificar una tendencia clara. Son las variables del contexto las que van marcando la pauta en torno a dichas disposiciones, lo que no permitió generar soluciones definitivas.

Finalmente, con el objetivo de generar una nueva relación con los pueblos originarios, en 1993 se promulgó la Ley Indígena N° 19.253, que estableció normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI).

establecer que ésta no contempla medidas que apunten a otros usos productivos de la tierra.

Cabe señalar que un aspecto fundamental de esta ley contempla la creación de un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, el cual es administrado por la CONADI, y que tiene como finalidad la adquisición de tierras para comunidades y personas indígenas. Es necesario mencionar que este fondo no ha estado exento de cuestionamientos, ya que ha sido la principal causa de las tensiones y conflictos que se viven hoy en nuestro país, al fomentar la violencia como recurso reivindicativo. De este modo, nuestra historia indica

² Según datos de la Dirección de Asuntos Indígenas –DASIN-, entidad dependiente de INDAP, en aquellos años.

³ Artículo 12 de la Ley N° 19.253.

que a pesar de los múltiples cambios legislativos respecto a la propiedad indígena, no se ha logrado avanzar hacia soluciones definitivas.

b) Política de Tierras y Aguas Indígenas conforme a la ley actual:

Tal como se señaló anteriormente, el artículo 20 de la Ley Indígena N° 19.253, establece un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas, a través del cual los pueblos indígenas podrán solicitar al Estado la adquisición o ampliación de tierras. Este instrumento contiene dos modalidades de financiamiento, establecidas por las letras "a" y "b": la primera de ellas proporciona un subsidio para personas o comunidades indígenas que deseen aumentar la superficie de su propiedad, teniendo un monto máximo de \$20 millones. Por otro lado, la modalidad 20b, permite el financiamiento de tierras en conflicto debido a asignaciones, transferencias por títulos de merced o reconocidas por títulos de comisario.

Sin duda las disposiciones recién mencionadas no han logrado poner término al constante conflicto que tiene el Estado de Chile con las comunidades indígenas. Es más, han contribuido a establecer un espiral de violencia, que en los últimos años ha alcanzado niveles insospechados. Sumado a lo anterior, se debe señalar que parte del problema radica también en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 395 de 1993 del Ministerio de Planificación, que aprueba el reglamento sobre el fondo de tierras y aguas indígenas. Dicho documento señala criterios que para entregar aplicabilidad (derecho a compra de tierras a comunidades) no resultan ser realmente suficientes⁴, es decir, se hace necesario ampliar y elevar los mismos para así poder generar soluciones definitivas.

Parece importante mencionar que a través de la modalidad de compra establecida en el "fondo b", el Estado desde 1994 a diciembre de 2015 ha entregado 158.493 hectáreas a comunidades indígenas de las regiones del Biobío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos⁵. Además se han cedido terrenos fiscales a título gratuito por cerca de 67.392 hectáreas (al respecto, es necesario mencionar que dicha medida es contemplada como un mecanismo resolutorio para predios en conflicto). Es decir, el Estado ha proporcionado 225.835 hectáreas con el fin de regularizar el problema de tierras mediante la lógica del artículo 20b.

A pesar de los constantes aumentos presupuestarios de la CONADI para la compra de predios, se ha instalado en la zona un discurso radicalizado en cuanto a la reivindicación de terrenos. Dicha situación tiene principalmente dos grandes causas:

1. La redacción del artículo 20 letra b) de la Ley Indígena que entrega un margen de interpretación amplio, el cual, es utilizado por las comunidades para su beneficio y por las autoridades para manejar ciertas situaciones de tensión;
2. Las disposiciones establecidas en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 395, que permite a la CONADI otorgar beneficios a comunidades que no necesariamente los merecen.

Lo anterior se aparta del verdadero sentido de la ley, sin tener presente que a través de él se financian mecanismos de solución a problemas sobre tierras indígenas que provengan de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras asignaciones hechas por el Estado en favor de los pueblos indígenas. Esta referencia a los títulos que hace mención el artículo 20b, merece tenerla presente, ya que establece un marco de acción para la compra de tierras, lamentablemente se han realizado interpretaciones extensivas que generan abusos de la norma.

Analizando detalladamente dicho artículo, se estima necesario desglosarlo en tres partes:

1. Financia mecanismos para solucionar un problema de tierras, por lo que el Estado ha entregado tierras tanto por el Fondo establecido en la ley como a través de sesiones gratuitas.
2. "Con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas o transferidas a indígenas".
3. En cuanto a los problemas, dispone: provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de indígenas.

En este sentido, los problemas en su aplicación saltan a la vista de inmediato principalmente en los puntos 2 y 3. En razón de la interpretación literal y un sentido justo de la norma, la comunidad indígena que postula a este fondo o, más bien dicho, a este mecanismo para solucionar su problema de tierras debe probar: (i) Que perdió tierras respecto de su título de propiedad (la comunidad titular); (ii) Que ya no la posee debido al cumplimiento de alguna resolución o transacción judicial o extrajudicial, cerrando la puerta a cualquier postulación que se pruebe que las tierras no están en posesión por haber sido enajenadas legalmente o cedidos sus derechos; (iii) Que dicho título que ya se probó es desmedro de cabida y por la causa señalada en la ley, proviene de un título de merced o reconocido por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de ellos, descartando reclamaciones por

⁴ No hace referencia a elementos esenciales a la hora de analizar una demanda de territorio; por ejemplo, la comprobación que la comunidad demandante es originaria de ese título de merced, que no se ha subdividido, si ha sido beneficiada anteriormente, entre otros.

⁵ Acorde a la información obtenida por Solicitud de Transparencia AI002T0000141.

derechos ancestrales; y (iv) La comunidad que postula y que acredita lo anterior, debe ser la originaria y no subdivisiones de la misma, pues se da pie para que una misma comunidad postule varias veces, triplicando las demandas de tierras.

A pesar de ello, los hechos nos demuestran otra realidad. Existe una clara tendencia por parte de las comunidades a subdividirse con el fin de adquirir más tierras, acreditando dicha pérdida con el mismo título que ya se le ha comprado a otra comunidad. Esto lo demuestran las más de 3.000 comunidades y 1.843 asociaciones indígenas que existen. Cabe señalar que es tarea de la CONADI entregar la aplicabilidad a una comunidad, y que si bien este mecanismo supone un beneficio para las comunidades, en la actualidad la política social de la CONADI está capturada por grupos extremistas, los que utilizan a la violencia como recurso de acción política.

Ejemplos del fracaso de las compras de tierras:

- a) Comunidad Temucuicui (originalmente llamada Ignacio Queipul) ubicada en la comuna de Ercilla, y acreedoras del Título de Merced N° 3B, que cuenta con una superficie de 250 hectáreas. Esta comunidad no ha sufrido la pérdida de su título, sin embargo, a través de presiones y uso de la violencia, se les han entregado más de 3.000 hectáreas y actualmente, siguen reclamando similar cantidad. Los antecedentes nos permiten señalar que múltiples integrantes de este grupo están condenados por delitos de violencia rural y sus dirigentes hacen públicamente un llamado a uso de la fuerza como estrategia política.

A pesar de lo anterior, dicha comunidad una vez beneficiada por la CONADI, se subdividió con el fin de volver a reivindicar tierras (Temucuicui Autónoma y Tradicional).

Año	Provincia	Comuna Predio	Predio	Has. Adquiridas
1998	Malleco	Ercilla	Parte Fdo. Alaska	98.3
1998	Malleco	Ercilla	HJ.Sta Lucía	58
2002	Malleco	Ercilla	Fdo Alaska	1.937
2004	Malleco	Victoria	La Soledad	278
2005	Malleco	Victoria	Sta. Filomena	425.2
2014	Malleco	Ercilla	La Romana	60
2014	Malleco	Ercilla	Montenegro	120
2014	Malleco	Ercilla	Nilontraro	60
TOTAL				3.036.5

Tabla 3

FRACASO DEL ESTADO Y POLÍTICA DE COMPRAS

Fuente: Informe de Tierras Indígenas –IX región. Multigremial de La Araucanía.

Tabla 4

FRACASO DEL ESTADO Y POLÍTICA DE COMPRAS

Fuente: Multigremial de La Araucanía.

Año	Provincia	Comuna Predio	Hectáreas Compradas	Precio
2003	Malleco	Ercilla	96.5	\$ 115.740.000
2003	Malleco	Ercilla	57.9	\$ 68.516.628
2006	Malleco	Ercilla	111.8	\$ 125.126.580
2009	Malleco	Ercilla	410.22	\$ 100.000.000
2012	Malleco	Ercilla	43.45	\$ 121.660.000
2012	Malleco	Ercilla	38.8	\$ 104.760.000
2012	Malleco	Ercilla	45	\$ 136.175.000
2012	Malleco	Ercilla	51	\$ 164.192.000
2012	Malleco	Ercilla	91.80	\$ 330.480.000
2012	Malleco	Ercilla	73.20	\$ 263.520.000
		Total	961.8	\$ 2.530.170.208

- b) Comunidad Huañaco Millao le corresponde el Título de Merced N° 3, que cuenta con una superficie de 660 hectáreas. Al igual que la comunidad Temucucui, -según el informe de Verdad Histórica y Nuevo Trato- no les correspondería compra de tierra, ya que sus títulos de merced no tienen desmedro de cabida. Sin embargo sus integrantes se han visto envueltos en múltiples hechos violentos con el fin de obtener terrenos. En agosto de 2015 sus miembros participaron de la toma de la CONADI y de la Gobernación de Malleco, varios de ellos resultaron detenidos. Desde el año 2003 a la fecha se les ha comprado 961 hectáreas sin tener desmedro, y se han subdividido para lograr varias compras.

A pesar que el Subsecretario de Interior, Mahmud Aleuy señaló que no se beneficiará a comunidades violentas, el 2 de marzo de 2015 se le entregó aplicabilidad (derecho a compra) a las comunidades Huañaco Millao Autónoma; Huañaco Millao II; Huañaco Millao Juan Liguén; que sí se han visto envueltas recientemente en tomas de predios.

Por otro lado, se hace necesario analizar el artículo 6° del Decreto N° 395 de 1994, el cual establece normas para que los mecanismos de financiamiento para la compra de tierras puedan operar. De esta forma establece que:

- a. 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.
- b. El Director, 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 con caracteres de magnitud en la comunidad respectiva.
- c. Decidido por el Director de la CONADI el financiamiento respectivo, éste será comunicado a las personas o comunidades beneficiadas y en todos los instrumentos en los cuales se ponga término a las controversias sobre tierras comparecerá algún representante legalmente autorizado de la Corporación, el que hará entrega del financiamiento y adoptará los resguardos que tengan por objeto garantizar su correcto uso (Ministerio de Planificación y Cooperación, 1994).

El punto principal de todo el proceso de compra, es la resolución que entrega la aplicabilidad a una comunidad postulante. Dicho concepto dice relación con el resultado de un estudio acucioso de la documentación entregada por la Comunidad Indígena en su proceso de postulación a la CONADI. De este modo, se debe acreditar que el Título originario de la Comunidad ha sido objeto de un desmedro o pérdida de terreno de su cabida original. Sin embargo, este proceso no ha estado exento de polémicas debido a la poca rigurosidad que lo ha caracterizado. Por lo que urge establecer criterios objetivos para optar a dichos beneficios, ya que así no se producirían vicios en el proceso, como ocurre actualmente en donde se siguen otorgando tierras a comunidades que ejercen presión y violencia como medida reivindicativa.

3. POLÍTICA DE TIERRAS Y VIOLENCIA

La política de tierras se encuentra amparada por la Ley N° 19.253 de 1993, la cual entre otros objetivos, pretendía instaurar un sistema que regularizara las demandas de tierra por parte de los indígenas. Sin embargo, no ha sido posible dar solución a dicha situación, y peor aún, se han acrecentado los niveles de violencia por parte de grupos radicalizados. Conjuntamente es necesario mencionar que el conflicto ha adoptado nuevas expresiones, que dicen relación con una expansión de los hechos violentos a otras regiones del país, como la del Biobío y de los Ríos. Además, esta situación no es sólo a nivel territorial, sino que también abarca nuevos focos. Al respecto, asombra el ataque a recintos religiosos, como el que aconteció el pasado 8 de marzo en el Santuario San Sebastián de Vilcún y a la Capilla Santa Joaquina, ubicada en la comuna de Padre Las Casas, el 31 de marzo de 2016.

Un factor importante en esta política es el sistema de gestión de recursos utilizado por la Conadi -organismo encargado de formalizar la compra y posterior entrega de tierras-, el cual ha sido fuertemente criticado, debido a que es uno de los principales responsables de la agudización del conflicto. Además, la innegable crisis de liderazgo y conducción política por parte de las autoridades ha acrecentado el proceso de deterioro del Estado de Derecho.

A pesar que el proceso de entrega de tierras ha sido constantemente cuestionado, no se ha avanzado hacia un sistema que perfeccione los mecanismos de dicha política. En una primera instancia, es necesario mencionar que no existe una cuantificación inicial válida de los tipos de problemas de restitución de tierras, ni de la cantidad de demandas. Así, se da cuenta de la ausencia de estudios de títulos u otros que demuestren realmente la cantidad de tierras en conflicto, lo cual imposibilita la creación de un diagnóstico fidedigno que permita generar una estrategia final. Por otro lado, no se observa un orden cronológico de prioridades de compra en cuanto a las solicitudes aceptadas, dejándose a las comunidades generalmente pacíficas postergadas y privilegiando a los grupos más exaltados. Resulta necesario señalar que actualmente existen 2.558 comunidades indígenas inscritas en la región del Biobío, La Araucanía y de Los Ríos, de las cuales sólo

un 2.7% manifiesta tener una posición radical (Comisión de Seguridad del Congreso Nacional, hechos asociados a Violencia rural, 2015).

De este modo, la fracasada política de entrega de tierras genera un incentivo perverso que se aleja de todo fundamento y propósito inicial, situación que obliga a regular los criterios de aplicabilidad para la compra de tierras, que hasta ahora, han estado marcados por la absoluta discrecionalidad del acto administrativo por parte de la CONADI, institución que cada año aumenta más su presupuesto para la compra de predios. En este sentido, la glosa que se introdujo en la tramitación de la ley de presupuesto de dicho organismo, constituye un gran avance, en cuanto impide la compra de tierras a comunidades que hayan incurrido en hechos violentos como medida reivindicatoria.

Acorde a los datos entregados por el estudio realizado por Cadem y la Multigremial de La Araucanía (2015) a los habitantes de la IX región, un 75% de los habitantes con ascendencia mapuche manifiestan que las tierras entregadas a los grupos mapuches han sido mal trabajadas y han dejado de ser productivas y bajo ninguna circunstancia justifican el uso de la violencia (75%). Por otro lado, declaran que esta política ha afectado negativamente el desarrollo económico de la región (60%) y a la creación de empleos (60%). Conjuntamente un 62% de ellos, manifiesta que se debería cambiar el programa, destinando ese dinero a otros programas sociales para los mapuche. De este modo, se requiere corregir las deficiencias del actual sistema de compra de tierras que generan distorsiones al espíritu original de la ley.

En concreto, es necesario mantener el criterio de compra de tierras sólo en los casos en que la demanda se origina en un título otorgado por el Estado y respetar el orden en que cada comunidad ha cumplido los requisitos necesarios para la realización de dicho trámite. Además, dada la dificultad que se experimenta cada vez más para comprar tierras en algunas zonas, se deben estudiar mecanismos compensatorios alternativos para las comunidades que así lo acuerden, incorporando además a los indígenas que viven en sectores urbanos.

4. EXPERIENCIA COMPARADA: POLÍTICA DE ENTREGA DE TIERRAS Y MECANISMOS COMPENSATORIOS EN NUEVA ZELANDA, AUSTRALIA Y CANADÁ

A continuación se presenta la experiencia de Canadá, Nueva Zelanda y Australia con el fin de conocer los procesos y mecanismos de mediación y compensación de las demandas –mayoritariamente territoriales- que los pueblos originarios han manifestado a los largo de los años.

4.1 Experiencia Neozelandesa

Según los datos entregados por el último Censo (2013), 598.605 personas, es decir, un 15% de los habitantes de Nueva Zelanda se identificaron con la etnia maorí. Esto representa un aumento del 6% respecto del Censo 2006, lo que se traduce en que 1 de cada 7 de las personas que vive actualmente en ese país pertenece a esta etnia. Con respecto a su lugar de residencia, mayoritariamente viven en la región de Auckland (23,9%) y en la región de Waikato (14,0%).

El conflicto que se vivió por muchos años entre Nueva Zelanda y el pueblo maorí tiene su inicio con el Tratado de Waitangi de 1840. Dicho documento, celebrado entre la Corona y algunos jefes maorí, es considerado como el acta fundacional de Nueva Zelanda al transformarse éste en un territorio perteneciente al imperio Británico. De este modo, el Tratado de Waitangi, pretendía proteger los intereses tanto de los maorí como de los colonos ingleses y la Corona. Específicamente, una de las principales motivaciones para firmar el tratado por parte de algunos líderes maorí, fue el control y protección sobre sus terrenos y sobre los asentamientos europeos, además de regular la posterior venta de éstos a los colonos. Asimismo este documento suponía el término a viejas disputas entre tribus maorí. Sin embargo, el acuerdo no tardó en generar nuevas disputas por tierras entre los colonos y los maoríes.

A pesar de las buenas intenciones del tratado, del reconocimiento de los derechos de la población maorí sobre las tierras y los recursos naturales y del compromiso a protegerlas, en la práctica ninguna de estas pretensiones se respetó por parte de la Corona. Dicha situación se tradujo en una pérdida de poder político y territorial para el pueblo maorí. De esta forma, los años venideros se caracterizaron

por guerras, ventas fraudulentas y expropiación de muchos terrenos pertenecientes a los maoríes por parte del gobierno británico, acompañado por una serie de protestas y acciones políticas con fines reivindicatorios de los pueblos indígenas. Es más, según cifras entregadas en informe "Healing the past, building a future. A guide to Treaty of Waitangi Claims and Negotiations with the Crown", elaborado por la Oficina de Tratado de los Asentamientos de Nueva Zelanda, entre los años 1865 y 1899 la Corona en conjunto con los colonos europeos, adquirieron 11 millones de hectáreas en la isla norte.

La constante pérdida de tierras no solo generó consecuencias de tipo económico, sino que también se vieron afectados aspectos culturales y sociales propios e identitarios de la etnia maorí, los que dificultaron su desarrollo en los años posteriores, es decir, hubo una pérdida de lenguaje, de tradiciones ligadas a la tierra, así como una transgresión a lugares sagrados, entre otros.

De esta forma, la Corona actualmente ha llevado a cabo una serie de medidas que apuntan a instaurar una reconciliación en las relaciones de ambos pueblos, las que acompañadas de una serie de políticas, instituciones -como el Tribunal

de Waitangi o la Unidad Política del Tratado de Waitangi (TOWPU), etc.- y acciones que facilitan la resolución de las demandas históricas. De este modo, se ha generado una política de reconocimiento y disculpa sobre las violaciones al tratado.

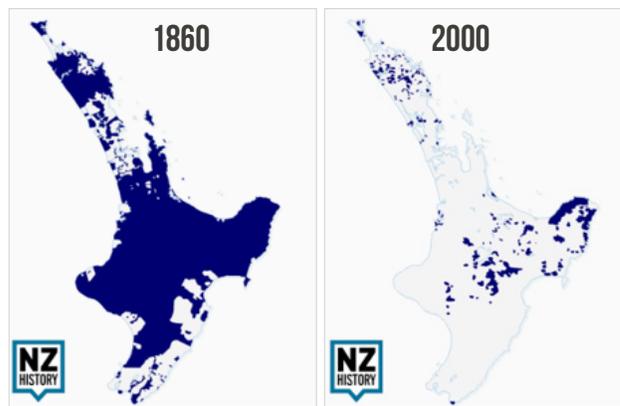
Durante las primeras décadas del siglo XX las comunidades maorí exigieron a la Corona reconocer el tratado, sus derechos, y las injusticias cometidas en el pasado. Estas demandas muchas veces fueron respondidas por parte de las autoridades con el establecimiento de comisiones investigadoras (Jones Commission 1919-20 y Sim Comisión 1926-27), las que dieron cuenta de las injusticias vividas por los pueblos originarios. Cabe señalar que si bien en la práctica no se generaron cambios sustanciales, y las medidas de compensación fueron en un principio mayoritariamente de tipo económico, fue un primer paso hacia la reconciliación de ambos pueblos. Conjuntamente, se estima que para 1930 solo un 6% del territorio neozelandés pertenecía al pueblo maorí.

En 1975 se crea el Tribunal de Waitangi bajo la ley del Tratado de Waitangi, el cual es entidad de justicia que debe recibir e investigar los reclamos ante las constantes omisiones al Tratado de 1840 por parte de la Corona inglesa, además de determinar la validez de las demandas. Si bien esta acción se presentó como un avance en las reivindicaciones de tierras, su acción no era vinculante y sólo 10 años después se le otorgaron las herramientas que permitieron analizar y dar un mejor tratamiento a los reclamos históricos de tierras, es decir, se consideraron agravios desde 1840. Asimismo, se acompañó este proceso con una serie de coordinaciones entre los diferentes órganos del Estado con el fin de facilitar la tramitación de los reclamos y posteriores acciones compensatorias.

Esta coordinación generó en 1989 la conformación bajo el Departamento de Justicia, de la Unidad Política del Tratado de Waitangi (TOWPU, por sus siglas en inglés), destinada al asesoramiento y coordinación de los diferentes actores en las negociaciones, además de las recomendaciones hechas por el Tribunal. Asimismo la Corona publicó en 1994 "The Crown Proposals for the Settlement of Treaty of Waitangi Claims", un documento guía para las tramitaciones de las demandas históricas.

Además se dio paso a un nuevo procedimiento basado en negociaciones colectivas y directas –sin perjuicio de la labor del Tribunal-. Conjunto a lo anterior, se incluyeron una serie de acciones para reforzar y ayudar al proceso de reclamos por tierras, las cuales dicen relación con la creación de un banco de terrenos, readquisición de propiedades por parte del gobierno, entre otros.

Actualmente el Tribunal está capacitado para investigar y dar recomendaciones sobre cualquier demanda reivindicatoria



EVOLUCIÓN DE PÉRDIDA DE TIERRA MAORÍ, ISLA NORTE

Fuente: History Group of the New Zealand Ministry for Culture and Heritage. Disponible en: <http://www.nzhistory.net.nz/media/interactive/maori-land-1860-2000>.

hecha por algún miembro del pueblo maorí. De esta forma, una vez inscrita la petición, el tribunal comienza con la investigación para la posterior negociación, preferentemente realizada bajo negociaciones grupales. Se hace necesario mencionar que la Corona se ha comprometido fuertemente con dar una solución final y duradera a los agravios cometidos que datan desde hace más de 100 años. De este modo, al año 2009 se habían inscrito 2.034 demandas.

En 1995 se crea como una unidad independiente del Ministerio de Justicia, la Oficina de Tratado de Asentamientos⁶. Dicha institución cumple un rol principal en las negociaciones ya que es el ente encargado de tener una relación directa con los demandantes, además de coordinar y asesorar a los diferentes actores involucrados en el proceso, y velar por la correcta implementación de los acuerdos. Es necesario mencionar que cada proceso de negociación es diferente ya que en él influyen múltiples factores como el tipo de demanda y agravio.

Acorde al documento elaborado por dicha institución, a 2015 se habían establecido 68 asentamientos. Estos han sido resueltos dependiendo del tipo de incumplimiento en que se ha incurrido, de todas formas se consideran aspectos culturales, monetarios y comerciales además de disculpas públicas por parte de las autoridades.

La Ley del Tratado de Waitangi de 1975, estableció que cualquier maorí puede realizar un reclamo al Tribunal, dicha solicitud debe ser inscrita en el Tribunal de Waitangi, lo que no asegura necesariamente que el reclamo corresponda y sea llevado a cabo. De este modo, el gobierno neozelandés distingue dos tipos de reivindicaciones, por un lado se

⁶ The Office of Treaty Settlements (OTS).

encuentran las demandas históricas, las que dicen relación acciones u omisiones al Tratado por parte de la corona previas a septiembre de 1992 y son resueltas por el Tribunal de Waitangi, por negociaciones con la Corte o la Corona a través de la Oficina de Tratado de los Asentamientos.

Por otro lado, las demandas contemporáneas, responden a hechos cometidos después de ese 1992, y no son competencia de la Oficina del Tratado de Asentamientos, sino más bien, dependerá del carácter del reclamo y del órgano específico del Estado que responde ante dicha materia. Para las peticiones de carácter histórico la Corona ha establecido una serie de principios y medidas que guiarán el proceso resolutivo.

El proceso de negociación de reclamos históricos, normalmente se conforma de cuatro etapas. La primera se relaciona con la preparación de las demandas presentadas en la negociación, en la cual existe un acuerdo entre ambas partes, es decir, entre la Corona y el grupo demandante, para negociar. En una segunda instancia, se da paso a una etapa de pre-negociación en la cual se establecen las bases de la misma. Además, los grupos demandantes deberán elegir a una entidad que los represente, con el fin de gestionar la compensación declarada en la Escritura de Acuerdo.

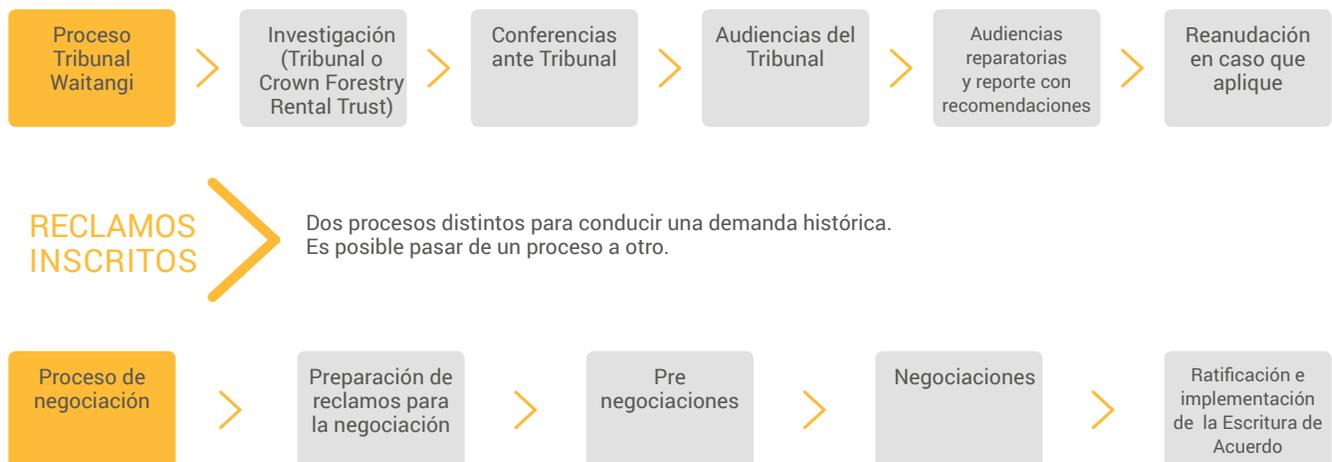
Luego se genera la fase de la negociación formal, en la cual después de múltiples consultas a ambas partes, el Ministro a cargo de las negociaciones del Tratado de Waitangi entrega

a los demandantes una oferta compensatoria, según corresponda. Además de manera alternativa, se puede buscar un acuerdo más formal entre la corona en conjunto a los representantes, quienes llevan la negociación, dando paso a un "Acuerdo Preliminar", el cual no es vinculante. Luego de que éste sea aceptado por ambas partes, se trabaja en la ejecución de un borrador de una Escritura de Asentamiento, la cual será la oferta final a la demanda histórica por parte de la Corona, para posteriormente dar forma a la solución reivindicatoria definitiva.

Finalmente comienza una etapa de ratificación e implementación, en la cual los representantes deben dar a conocer el documento con el fin de que sea aprobado por el grupo demandante, para su posterior firma y validación. Esta última etapa supone un acuerdo vinculante y sólo puede llevarse a cabo por las entidades oficiales. De este modo el acuerdo no entrará en vigencia hasta que se apruebe la legislación por parte del Parlamento, aquello con el fin de asegurar una solución definitiva entre otros propósitos. Es necesario mencionar que el grupo demandante debe escoger a una entidad que los represente y que sea el responsable de la administración de la compensación.

COMPARACIÓN EN LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN Y EL PROCESO DEL TRIBUNAL DE WAITANGI⁷

Fuente: (Office of Treaty Settlements, 2015, pág. 33).



Nota:

- En cualquier escenario durante el proceso de negociación a través del Tribunal de Waitangi, los reclamantes pueden solicitar negociar con la Corona (a excepción durante las audiencias reparatorias). Formalmente el Tribunal de Waitangi da oportunidades de negociación entre la Corona y los demandantes después de su reporte inicial y las recomendaciones de tipo temporal para la reanudación.
- La Escritura de Asentamiento (la cual incluye una disculpa por parte de la Corona, compensación cultural, financiera y comercial) es sólo posible a través de las negociaciones.
- Una vez que los grupos demandantes hayan entrado en el proceso de negociaciones, no podrán volver al Tribunal sin que estas negociaciones se hayan suspendido.

⁷ Traducción propia.

La finalidad última de todo proceso de negociación es generar un acuerdo justo, permanente y único que busque subsanar las demandas y las violaciones al tratado de Waitangi, con el fin de generar una nueva relación entre el Estado neozelandés y el pueblo maorí.

En conjunto con el reconocimiento de los agravios cometidos –en términos espirituales, históricos, culturales– contenidos en un “relato histórico”, la Corona proporciona una compensación económica –previa aceptación de ambas partes– con el fin de potenciar el desarrollo de dichas comunidades en el futuro. Es importante mencionar en este punto que no es posible acceder a una compensación económica total, debido a la dificultad para cuantificar las posibles omisiones o violaciones a los principios del Tratado. La compensación económica puede estar compuesta de una indemnización monetaria y por una de tipo comercial (referida a la entrega de bienes), la cual es determinada por las autoridades dependiendo del tamaño de la comunidad, del carácter y cantidad de tierras que han perdido, entre otros factores. En caso que los demandantes deban acceder a una indemnización en particular (únicamente comercial o monetaria), podrán hacerlo. Si se opta por una compensación de tipo comercial, la Oficina de Tratado de Asentamientos, reserva en su poder una gran cantidad de propiedades para dicho fin. Además se debe tener en cuenta que no siempre será posible acceder a las tierras de la Corona que sean demandadas. Sin embargo, existen otras medidas a las cuales se puede optar, como

es el caso de *Right of First Refusal*⁸ o una posible venta con la obligación de arrendamiento al ente gubernamental en cuestión. Conjuntamente los demandantes según sus preferencias podrán adquirir a través de su compensación monetaria o financiera, terrenos forestales nativos pertenecientes a la Corona⁹. Es necesario destacar que quedan generalmente fuera de esta medida compensatoria empresas pertenecientes al Estado, inscritos en la Ley de Obras Públicas de 1981.

Paralelamente existe otro tipo de compensación, que responde a los agravios de tipo cultural que haya sufrido el grupo demandante, también denominado como *Mahinga kai*. Éste apunta al reconocimiento y a la relación que tiene el pueblo maorí con la naturaleza¹⁰, sus lugares sagrados y la preservación de los mismos, por lo que resulta ser una de las negociaciones más delicadas y complejas. Bajo este tipo de reparación se puede producir concesiones, reconocimiento de derechos, cesión de derechos y establecimiento de protocolos.

Una vez expuestas los principales organismos y estrategias destinados para la resolución de demandas indígenas, es posible establecer que Nueva Zelanda cuenta con una estructura institucional robusta, técnica e imparcial. Además, todos los procesos de reclamo derivan en negociaciones eficientes, y se establecen medidas compensatorias a la entrega de tierras. Del mismo modo, se observa un potente incentivo al desarrollo productivo de las comunidades.

4.2 Experiencia Australiana

Conforme a las estadísticas entregadas por el último Censo (2011) en Australia viven aproximadamente 22 millones de personas, de las cuales cerca de 670.000 son aborígenes y nativos de la Isla del Estrecho de Torres, lo que representa aproximadamente un 3% de la población nacional. La población con estas características ha tendido al aumento en los últimos años, creciendo un 21% entre las mediciones de los años 2006 y 2011. Principalmente los pueblos originarios residen en el estado de Nueva Gales del Sur (208.500 personas) y Queensland (189.000 personas).

Actualmente Australia cuenta con una serie de políticas, programas e instrumentos destinados a fortalecer y promover el desarrollo de los pueblos aborígenes que residen en su territorio. La experiencia australiana se caracterizó por un violento y disruptivo establecimiento de colonos ingleses en tierras aborígenes, y a diferencia de la experiencia neozelandesa, Australia no cuenta con un documento que haya regulado las relaciones entre los colonos británicos y

los pueblos que habitaban el territorio previa su llegada.

El primer contacto entre los colonos británicos y los pueblos aborígenes¹¹ que habitaban el territorio –que actualmente corresponde a Australia–, se remonta a la llegada de la Primera Flota inglesa a la isla en 1788. Acorde a diferentes estimaciones, la población aborígen de aquella época fluctuaba entre los 300.000 a un millón de personas, sin

⁸ Exclusividad de adquisición que tiene el grupo demandante sobre la propiedad de la Corona en caso que quede disponible.

⁹ Para mayor información revisar Ley de 1989 sobre Tierras Forestales.

¹⁰ Los términos de las demandas, dependerán del recurso al que se apunte, es decir, recursos hídricos, áreas costeras, lagunas, recursos mineros y geotérmicos, entre otros.

¹¹ Aborígenes y nativos de la Isla del Estrecho de Torres.

embargo, dicha cantidad fue disminuyendo dramáticamente debido a las múltiples enfermedades traídas por los colonos y a los constantes maltratos. De esta forma, se estima que para principios del siglo XX la población aborígen alcanzaba sólo los 93.000 habitantes¹².

Inicialmente los asentamientos tuvieron lugar en Nueva Gales del Sur, territorio que se estableció como una colonia penal hasta aproximadamente 1823. Luego se fundarían los estados de Tasmania, Australia Occidental, Victoria, Queensland, Australia Meridional, los que en 1901 se constituirían como una federación dando paso a la Mancomunidad de Australia. En este contexto, es necesario recalcar que los nuevos habitantes del territorio insular, nunca se cuestionaron el dominio de la tierra por parte de los aborígenes, lo que significó que se establecieron bajo la doctrina *Terra Nullius*¹³, es decir, tenían la concepción de que la tierra no era propiedad de nadie antes de su llegada. Dicha noción sobre el territorio les permitió utilizarlo sin limitaciones hasta 1992, fecha en la que se dio a conocer la resolución sobre el polémico Caso Mabo, marcando un hito en el proceso de reconocimiento de derechos de los pueblos sobre la tierra.

De este modo, la colonización inglesa se caracterizó por un desconocimiento sobre la existencia de habitantes en la isla previa a su llegada, lo que produjo un ambiente de excesiva violencia en el territorio, acrecentada por las constantes vulneraciones a los derechos de este grupo étnico (las violaciones a los derechos fueron de carácter civil, social y político¹⁴). El derecho a sufragio sólo se les otorgó a los pueblos aborígenes en el año 1965, gracias a la Ley electoral de la Commonwealth de 1962, la cual estuvo acompañada por una serie de medidas y programas educativos con el fin de incentivar el voto.

El restablecimiento de las relaciones entre los pueblos aborígenes y los australianos tuvo sus inicios en la década de los 60s, época en la que se empezaron a formar de manera paulatina, pero con mayor fuerza, agrupaciones que buscaban la reivindicación de los derechos civiles de los grupos indígenas. De esta forma, el Referéndum de 1967 –aprobado por un 90% de los australianos–, significó un gran avance al eliminar de la Constitución australiana disposiciones racistas. Conjuntamente, dicha acción colaboró con la instauración en el debate nacional sobre la reivindicación de los pueblos aborígenes de sus derechos sobre la tierra, e impulsó la Ley sobre la Discriminación Racial de 1975 y la Ley sobre Derechos de Tierra Aborígen de 1976. Esta última sólo fue aplicada para los grupos indígenas que habitaban territorios del norte de Australia y

su importancia recae en ser el primer reconocimiento legal de los derechos de los pueblos aborígenes sobre la tierra, lo que generó que en los años siguientes se reconocieran en todo el territorio australiano.

Sin duda uno de los grandes hitos en materia de títulos nativos sobre el territorio fue el polémico Caso Mabo (1992). Eddie Mabo, un isleño del Estrecho de Torres que residía en el Estado de Queensland, inició un proceso de reclamo 10 años antes contra la Corte Suprema de Australia, por la reivindicación de los derechos aborígenes ancestrales sobre la tierra –antes no reconocidos debido a la concepción de *Terra Nullius*-. Dicha resolución por parte de la Corte Suprema australiana, reconoció la conexión de los pueblos con la tierra, además de sus derechos sobre ella, lo que se constituyó un año más tarde en la Ley de Títulos Nativos (1993), la que apunta a balancear los derechos sobre la tierra de los habitantes australianos no indígenas con los derechos de los pueblos aborígenes australianos. Cabe mencionar que fue modificada años más tarde acorde a “Plan de 10 Puntos”, el cual impuso ciertas restricciones a las demandas de títulos nativos.

Esta ley también considera la existencia de un Tribunal Nacional de Títulos Nativos, el cual se presenta como un organismo independiente –apoyado por el Registrador de Títulos Nativos– que a grandes rasgos orienta a las partes involucradas en los procesos de títulos nativos. En este sentido, la legislación australiana hace una distinción entre los diferentes tipos de reclamo:

1. Demandas realizadas por grupos de individuos que buscan el reconocimiento –por parte de la Corte Federal– de sus derechos sobre un territorio determinado. Una vez alcanzado dicho propósito, los demandantes deberán conformar una corporación para la protección de éstos.
2. Demandas que intentan dilucidar si existe o no un título nativo en una respectiva zona, generalmente este tipo de proceso es llevado a cabo por personas que tienen un contrato de arrendamiento o licencia en dicho territorio.
3. Demandas con el fin de exigir una compensación debido a que aseguran poseer derechos sobre una determinada área geográfica. Generalmente dicho proceso se inicia en contra de algún organismo estatal por ser el responsable de que esos derechos de propiedad se extinguieran.
4. Demandas que tienen como objetivo la revisión de una determinación sobre un título nativo.

¹² Es necesario mencionar que los pueblos originarios no fueron incluidos en las mediciones oficiales hasta 1971.

¹³ Tierra de Nadie.

¹⁴ Un ejemplo de esto es la Constitución de la Commonwealth de 1901, la cual estableció que los aborígenes no serían contabilizados en las mediciones oficiales (Censo).

Por su parte, el Registro de Títulos Nativos, deberá mantener el Registro de Títulos de Tierras Nativas, de Reclamos de Títulos Nativos y de Acuerdos de Uso de Tierra Indígena. La legislación confiere a la Corte Federal de Australia la responsabilidad de dar tratamiento y determinación¹⁵ a las demandas de títulos nativos, es decir, el reconocimiento de derechos sobre la tierra y aguas por parte de la legislación australiana. En este sentido, la restitución de un título puede incluir derecho a ocupación, posesión, uso y goce, además de otorgar la capacidad de influir en las decisiones sobre el terreno y el acceso al área que comprende el título. Es necesario mencionar que el proceso se reconoce y considera la existencia de derechos de terceros sobre el territorio, por lo que dichos títulos pueden variar (es decir, se establece un concepto de coexistencia).

La Corte Federal de Australia velará por el buen procedimiento de las demandas, estableciendo un trabajo coordinado entre los jueces y los demandantes, de manera de generar un procedimiento eficiente y rápido. De esta forma se establece inicialmente una etapa de mediación entre los involucrados, la que de no prosperar, podrá ser derivadas a una audiencia frente el juez que facilitará el diálogo. Ambas partes podrán contar con la asistencia del Registrador de Títulos Nativos, durante todo el proceso. Es necesario mencionar que existe la capacidad de elección en cuanto a la indemnización, de esta forma puede ser monetaria o también puede generarse a través de la transferencia de tierra, servicios o bienes.

Con el fin materializar el deseo por la reconciliación con los pueblos aborígenes se crea una entidad privada llamada "Reconciliación de Australia" (2000), la cual reemplaza al Consejo Aborigen de Reconciliación (1991). Siguiendo esta misma lógica, en 2008 el Primer Ministro Australiano, Kevin Rudd, en representación del parlamento ofreció una histórica disculpa nacional, por todos los agravios sufridos en el pasado. Por consiguiente, el Consejo del Gobierno australiano se compromete a financiar proyectos destinados a los pueblos nativos en materias como participación

económica, vivienda y salud. En este sentido, el Programa de Reconciliación (RAP) demuestra ser un gran avance, pues al evidenciar el compromiso que se tiene en esta materia, principalmente apoya a la creación de empleo, educación y negocios para los pueblos.

El proceso de reconciliación de Australia con sus pueblos aborígenes, abarca cinco dimensiones principalmente. Por un lado se trata de restablecer las relaciones entre ambas etnias –reconociendo su cultura y derechos-, y aceptando los errores cometidos en el pasado. Además, los esfuerzos se centran en asegurar la igualdad y la equidad de oportunidades, en conjunto con potenciar una unidad nacional, y creando una institucionalidad íntegra –a nivel político, empresarial y de la comunidad- que suponga un real aporte a la reconciliación.

Cabe señalar que durante el periodo 2014-2015, la Corte Federal resolvió 52 aplicaciones para la determinación de títulos nativos y se notificaron 52 casos nuevos. En total se recibieron 347 casos¹⁶. Por su parte, el Registrador de Títulos Nativos, a junio de 2015, ha matriculado 315 verificaciones de títulos nativos- lo que corresponde al 29,1% del país-, 254 confirmaciones sobre la real existencia de un título nativo y 61 rechazos.

La experiencia australiana, en definitiva, se caracteriza por una institucionalidad eficiente, la cual privilegia el dialogo en todas las demandas. Australia cuenta con una serie de entes destinados a asesorar en todas las etapas del proceso a las partes involucradas, con el fin de generar un acuerdo que considere todas las visiones. Por otro lado, existe una cuantificación real y oficial de las demandas, que permite establecer un marco presupuestario. Es necesario mencionar que no todos los reclamos responden a una lógica de adquisición de tierras. Finalmente, resulta necesario destacar que la legislación considera la "coexistencia" en los procesos de demandas de tierras.

4.3 Experiencia Canadiense

Acorde a la última medición (2011) Canadá tiene una población de 33.476.688 habitantes, de los cuales un 4,3% (es decir, 1.400.685 personas) manifestaron ser pertenecientes de alguna etnia aborigen. Principalmente un 60,8% se identificó como indios de Norteamérica, un 32,3% como métis y un 4,2% como inuit.

La provincia de Ontario concentra la mayor cantidad de población de origen indígena, con un 21,5% del total. Sin embargo, un 57,6% reside en el ala oeste del país (British Columbia, Alberta, Manitoba y Saskatchewan).

¹⁵ Proceso por el cual se determina si existe o no el título nativo sobre un área física en particular.

¹⁶ Federal Court of Australia. Annual Report.

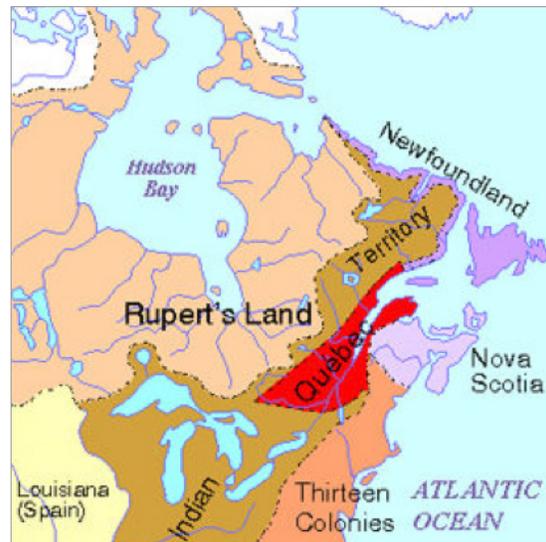
La Proclamación Real de 1763, realizada por el Rey Jorge III de Inglaterra luego de haber vencido a los colonos franceses, marcó el inicio de las relaciones entre los colonos y los pueblos aborígenes de lo que hoy es Canadá. Dicho documento pretendía establecer un mejor vínculo con los aborígenes, por lo que intentó constituir un marco legal que garantizara algunos derechos y protección para los aborígenes y estableció el control inglés por sobre el territorio –es necesario mencionar que sólo la Corona podía adquirir territorios indígenas-.

Sin embargo, paralelamente su proclamación, se gestó la rebelión de Pontiac (1763), la cual suponía la expulsión de los ingleses del territorio y la confirmación de la posesión de sus territorios. Los años venideros se caracterizaron por una resistencia hacia la expansión americana, marcada por la firma de una serie de tratados¹⁷, a través de los cuales los pueblos aborígenes cedieron territorio a la Corona, a cambio de una serie de beneficios.

Con el fin de establecer una nueva relación entre los canadienses y sus pueblos aborígenes, es que éstos se empezaron a incorporar paulatinamente en la legislación nacional, es así como en 1850 se estipulan las primeras condiciones para obtener la calidad indígena¹⁸. Además, la Constitución de 1867 incentivó una equiparación de derechos entre los canadienses aborígenes, y los no aborígenes. Siguiendo esta misma lógica se encuentra la Ley de Civilización Gradual de 1859.

Años más tarde se promulgó la Ley Indígena (1876). Dicho documento estipuló una serie de medidas destinadas al control y la "civilización" de las Primeras Naciones, estableciéndose una responsabilidad federal por sobre estos pueblos. Sin embargo, el reconocimiento real de títulos aborígenes supuso todo desafío para los aborígenes canadienses, debido a las constantes acciones de la Corona. Conjuntamente se estableció en una política de Control Educativo Indígena, la cual transfirió al Estado -y la Iglesia- la responsabilidad sobre la educación de dichos pueblos. Así se instauró un sistema de Residencias Educativas Indias, situación que derivó en el alejamiento de muchos niños de sus familias. Este proceso duraría hasta 1996 aproximadamente. Durante la segunda mitad del siglo XX, Canadá comenzó un proceso destinado a mejorar las condiciones de vida de dichos pueblos, por lo que en 1960 se les otorgó el derecho a votar en las elecciones federales.

Otro de los grandes hitos en cuanto al reconocimiento de títulos aborígenes, fue el Caso Calder (1973), ya que la Corte Suprema reconoció su existencia previa la Proclamación



PROCLAMACIÓN REAL DE 1763.

Fuente: The Canadian Encyclopedia. Disponible en: <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/royal-proclamation-of-1763/>.

Real de 1763. Ese mismo año, se crea la Oficina de Reclamos Nativos, con el fin de dar tratamiento a los reclamos exhaustivos.

Finalmente, se instauró una Comisión Real de Aborígenes en 1991, la que intentó instalar una nueva relación con los Aborígenes, a través su reconocimiento, e instaló una nueva estrategia a nivel Estatal, que se desarrollará a través de cuatro objetivos: (i) renovando la asociación (se creó un Fondo de Restitución), (ii) reforzando la gobernanza aborígen, (iii) desarrollando una nueva relación a nivel fiscal, (iv) apoyando fuertemente a las comunidades, individuos y la economía.

En cuanto a las demandas, el gobierno federal canadiense reconoce:

- 1. Reclamos Exhaustivos¹⁹:** se refieren a reclamos territoriales en áreas que aún no han sido incluidas en tratados anteriores, es decir, pretende dar término a ambigüedades legales. También llamados "tratados modernos", se caracterizan por ser la mejor forma de demandar derechos y títulos aborígenes. Todas las resoluciones resultantes de dichos reclamos son protegidos por la constitución. Específicamente se establecen ciertos requisitos para llevar a cabo un proceso como este: el grupo reclamante debe estar organizado y demostrar que ha ocupado el territorio demandado, entre otras.

¹⁷ Numbered Treaties.

¹⁸ Ley para una mejor protección de la Tierra y la Propiedad de los Indios de Baja Canadá.

¹⁹ Etapas del proceso: (1) Inscripción del reclamo, (2) Aceptación de la demanda, (3) Establecimiento de un marco de acuerdo, (4) Acuerdo Preliminar, (5) Acuerdo Final y Ratificación, (6) Implementación.

El gobierno canadiense reconoce los beneficios que generarán dichas medidas al construir una mejor relación con los aborígenes, además de impulsar su desarrollo económico.

Cabe señalar que a julio de 2015 se han celebrado más de 300 reclamos de esta naturaleza, lo que se ha traducido, entre otras cosas, la adjudicación por parte de los grupos aborígenes de más de 3.486.372 hectáreas.

- 2. Reclamos Específicos:** son demandas que se relacionan con agravios cometidos en el pasado a las Primeras Naciones y operan bajo una lógica de negociaciones. Inicialmente se debe aceptar la solicitud de demanda, y en caso de que esta fuera rechazada, el grupo solicitante podrá volver a presentar su caso de una mejor manera, solicitando a la Comisión Indígena de Reclamos Específicos (ISCC)²⁰ que investigue.
- 3. Otros Reclamos:** en 2002 se estableció la Ley para la Resolución de Reclamos Específicos, lo que supone generar procesos más eficientes, transparentes y justos. Además, se creó el Centro Canadiense para la Resolución Independiente de los Reclamos Específicos de las Primeras Naciones, con el fin de facilitar las negociaciones y resolver todas las demandas. Se estableció un tope de \$ 10 millones para las compensaciones de tipo monetario.

Actualmente los pueblos aborígenes se identifican como uno de los grupos sociales más vulnerables del país, de este modo el principal desafío supone alcanzar el mismo nivel de vida que cualquier otro habitante de Canadá.

De esta forma, es el gobierno ha concentrado sus esfuerzos en el reconocimiento de derechos y de reivindicaciones que potencien el desarrollo de la población y las condiciones de vida.

Aspectos destacables de la experiencia canadiense dicen relación con la importancia que se le otorga a la negociación y el establecimiento de relaciones de igualdad entre ambas partes. Por otro lado, se pueden identificar diferentes tipos de demandas, lo que facilita la tramitación de las mismas reduciendo la incertidumbre. Además, resulta interesante mencionar que los procesos de negociación se deben llevar a cabo por un grupo de aborígenes organizados, es decir, no se permite mediar con grupos que no representen los intereses de la mayoría. Conjuntamente Canadá cuenta con una institucionalidad imparcial que permite generar soluciones definitivas, lo que ha permitido generar un horizonte presupuestario en dicha materia.

²⁰ Organismo Federal independiente el cual tiene la misión de conducir las investigaciones sobre demandas y proporcionar apoyo en caso de que éstas no fueran admisibles.

5. CONCLUSIONES Y ORIENTACIONES

La presente investigación ha permitido identificar las principales falencias de la política nacional de entrega de tierras, amparada en la Ley N° 19.253. Dicha disposición ha demostrado ser una de las grandes causas del conflicto mapuche y su actual radicalización, al generar incentivos perversos en el proceso de reivindicación de tierras. De esta forma, se sugiere su modificación, con el fin de mejorar el proceso de restitución de tierras, poniendo énfasis en un desarrollo integral de los pueblos indígenas. Para ello, es absolutamente necesario establecer un nuevo paradigma, además de elevar los requisitos para obtener la calidad indígena y la conformación de comunidades. Por otro lado, resulta coherente avanzar hacia medidas compensatorias alternativas a la compra de tierras para aquellas comunidades que logran probar el derecho o aplicabilidad.

Resumiendo, es posible agrupar las propuestas en tres ítems:

1. Disposiciones legales

Es necesario modificar cómo operan los mecanismos de financiamiento que dan solución a los problemas de tierras, estableciendo criterios objetivos para entregar una aplicabilidad a una comunidad indígena²¹. De este modo se sugiere que la comunidad demandante debe ser originaria del título de merced, y que sólo se pueda iniciar un proceso de reivindicación de tierras, es decir, que la eventual subdivisión de la misma no suponga una nueva demanda.

Por otro lado, es necesario que todos los procesos de reclamo estén acompañados de un exhaustivo estudio del título de merced demandado, en el que se especifique la causal del desmedro. Conjuntamente se deberán descartar criterios demográficos y de ancestralidad territorial, debido a que supone un riesgo para la propiedad privada de la zona. Una vez aclarados los criterios, se debe crear un equipo

técnico encargado de realizar un Catastro de Comunidades a las cuales les corresponde aplicabilidad y por tanto, derecho a compra de tierras. En razón de lo anterior, urge hacer un registro de la cantidad de tierras que se deberán comprar para satisfacer la demanda de las comunidades a las cuales les corresponde aplicabilidad.

2. Fomento Productivo

Las compras deben ir acompañadas de un sistema de desarrollo productivo, donde las comunidades además de derechos, tengan obligaciones. Este apoyo productivo debe ser limitado y no en desmedro de la población rural no mapuche. Se debe tener en cuenta que según estudio de la Universidad de La Frontera, el 60% de las tierras entregadas a comunidades mapuches desde la entrada en vigencia de la Ley Indígena, están abandonadas (sin moradores y sin producción).

3. Compensaciones Alternativas

En este sentido, se deben buscar medidas alternativas a la compra de tierras, como lo son las compensaciones económicas. No se debe olvidar que cerca del 60% de la población mapuche vive en Santiago y sólo el 25% en la Novena Región, siendo una parte de esta última cifra, miembros de comunidades y por tanto, población rural. De esta forma, se sugiere estipular salidas alternativas a la compra de tierras, consultando con los mismos indígenas.

Además, sea que las comunidades o sus miembros soliciten tierras o compensación, debe existir una cláusula en la Escritura de Compraventa o de Entrega de Beneficio donde esa comunidad, personas que la integran y su descendencia, renuncian a cualquier demanda futura por más tierras u otro beneficio compensatorio. De la misma forma, se deben establecer prioridades en la realización de las compras, atendiendo a objetivos específicos y no a la presión de la

²¹ Se debe dictar un Decreto Supremo que modifique el Artículo 6 del Decreto Supremo N° 395 (1993).

comunidad. Conjuntamente el Estado no debe negociar o beneficiar a personas o comunidades que hayan participado en hechos de violencia como medida de reivindicación de derechos. En este punto es necesario mencionar que sólo el 2% de los delitos de violencia rural con connotación indígena logra condena.

Todas las disposiciones anteriores no son posibles sin una revisión y modificación a los criterios que permiten la creación de nuevas comunidades indígenas y a la adquisición de calidades indígenas, cuestión totalmente accesible y permisible para cualquier persona bajo el actual sistema de acreditación.

En cuanto a las lecciones que nos proporciona el análisis de la experiencia comparada, se puede mencionar que todos los países cuentan con una institucionalidad robusta e imparcial, lo cual genera procesos de demandas ajustadas a derechos, y en los cuales todos los actores se encuentren informados y representados -evitando situaciones de incertidumbre-. Además, permite establecer soluciones definitivas a las demandas, estableciendo criterios claros para su formulación y tramitación. Del mismo modo, la experiencia señala que todo reclamo de tipo reivindicativo supone la aprobación de la comunidad en su totalidad. Es decir, se asegura que las voces representantes efectivamente manifiesten las necesidades del resto, lo que evitaría disputas futuras. Finalmente se establecen mecanismos compensatorios alternativos a la entrega de tierras (como una compensación económica), los cuales apuntan muchas veces a proporcionar herramientas que permitan un desarrollo integral de dichos pueblos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Australian Bureau Of Statistics. (17 de septiembre de 2013). *Census of Population and Housing: Understanding the Increase in Aboriginal and Torres Strait Islander Counts, 2006-2011*. Recuperado el 7 de febrero de 2016, de Australian Bureau of Statics: <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/2077.0main+features22006-2011>

Australian Bureau Of Statistics. (2014). *Estimates and Projections, Aboriginal and Torres Strait Islander Australians, 2001 to 2026*. Recuperado el 8 de marzo de 2016, de Australian Bureau Of Statistics: <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/>

Australian Government. (s.f.). *The 1967 referendum - Fact sheet 150*. Recuperado en marzo de 2016, de National Archives of Australia: <http://naa.gov.au/collection/fact-sheets/fs150.aspx>

Federal Court of Australia. (s.f.). *Native Title Guide*. Recuperado en marzo de 2016, de Federal Court of Australia: <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/areas-of-law/native-title>

Hurley, M., & Jill, W. (1999). *The Report of the Royal Commission on Aboriginal People*. Recuperado en marzo de 2016, de Parliament of Canada: <http://www.lop.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb9924-e.htm>

Indigenous and Northern Affairs Canada. (2010). *Land Claims*. Recuperado en marzo de 2016, de Indigenous and Northern Affairs Canada: <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100030285/1100100030289>

Indigenous and Northern Affairs Canada. (2010). *Resolving Aboriginal Claims - A Practical Guide to Canadian Experiences*. Recuperado en marzo de 2016, de Indigenous and Northern Affairs Canada: <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100014174/1100100014179>

Ministerio de Planificación y Cooperación. (1993). *Ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*. Recuperado en febrero de 2016, de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/1uw3z>

Ministerio de Planificación y Cooperación. (17 de Mayo de 1994). *Decreto 395 que aprueba reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas*. Recuperado en febrero de 2016, de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/1v0a1>

Multigremial de La Araucanía. (2013). *Informe de Tierras Indígenas - IX región*. Recuperado en febrero de 2016

National Native Title Tribunal. (s.f.). *About us: National Native Title Tribunal*. Recuperado en marzo de 2016, de National Native Title Tribunal: <http://www.nntt.gov.au/aboutus/Pages/default.aspx>

New Zealand Government. (s.f.). *2013 Census QuickStats about Maori*. Recuperado el 25 de enero de 2016, de Statistics New Zealand: <http://www.stats.govt.nz/Census/2013-census/profile-and-summary-reports/quickstats-about-maori-english/population.aspx>

Office of Treaty Settlements. (Marzo de 2015). *Healing the past, building a future. A Guide to Treaty of Waitangi Claims and Negotiations with the Crown*. Recuperado el 1 de febrero de 2016, de New Zealand Government: <https://www.govt.nz/assets/Documents/Red-Book-Healing-the-past-building-a-future.pdf>

Orange, C. (7 de diciembre de 2015). *Treaty of Waitangi*. Recuperado el 25 de enero de 2016, de Te Ara - the Encyclopedia of New Zealand: <http://www.teara.govt.nz/en/treaty-of-waitangi>

Reconciliation Australia. (Febrero de 2016). *The State of Reconciliation in Australia*. Recuperado en marzo de 2016, de Reconciliation Australia: https://www.reconciliation.org.au/wp-content/uploads/2016/02/State-of-Reconciliation-Report_SUMMARY.pdf

Swarbrick, N. (12 de Noviembre de 2014). *"Public history - Treaty of Waitangi history"*. Recuperado el 29 de enero de 2016, de Te Ara - The Encyclopedia of New Zealand: <http://www.teara.govt.nz/en/public-history/page-5>

The University of British Columbia. (1973). *Calder Case. Calder v. Attorney-General of British Columbia [1973]*. Recuperado en marzo de 2016, de Indigenous Foundations: <http://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/home/land-rights/calder-case.html>

Universidad de La Frontera. (2013). *Estudio de IMA-UFRO aporta a política pública sobre entrega de tierras a comunidades mapuche*. Recuperado en marzo de 2016, de <http://www.ufro.cl/index.php/mas-noticias/1028-estudio-de-ima-ufro-aporta-a-politica-publica-sobre-entrega-de-tierras-a-comunidades-mapuche>

Waitangi Tribunal. (2012). *Waitangi Tribunal Practice Note: Guide to the Practice and Procedure of the Waitangi Tribunal*. Waitangi Tribunal. Recuperado el 31 de enero de 2016, de <http://www.justice.govt.nz/tribunals/waitangi-tribunal/documents/public/guide-to-wt-2012>

