

REPUBLICA DE CHILE
 PRESIDENCIA
 REGISTRO Y ARCHIVO

NR 91127094
 A 1 2 DIC 91

P.A.A.	<input type="checkbox"/>	R.C.A.	<input type="checkbox"/>	F.W.M.	<input type="checkbox"/>
C.B.E.	<input checked="" type="checkbox"/>	M.L.P.	<input type="checkbox"/>	P.V.S.	<input type="checkbox"/>
M.T.O.	<input type="checkbox"/>	E.D.E.C.	<input type="checkbox"/>	J.R.A.	<input type="checkbox"/>
M.Z.C.	<input type="checkbox"/>				

ARCHIVO

*Acuerdo
 reunión
 a fines de...*



Opinión sector político institucional



Instituto Libertad y Desarrollo
San Crescente 551
Santiago

Santiago, 4 de diciembre de 1991

ARCHIVO

De nuestra consideración:

Continuando con su labor de investigación y estudio, el Instituto ha elaborado un documento sobre la Legislación de los Pueblos Indígenas en Chile. Tengo el agrado de enviarle este informe, esperando que sea de su utilidad.

Le saluda muy atentamente

CHRISTIAN LARROULET
Cristián Larroulet Vignau
Director Ejecutivo

**LEGISLACION SOBRE
PUEBLOS INDIGENAS**

P 17



NOVIEMBRE 1991

INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO

LEGISLACION SOBRE PUEBLOS INDIGENAS

Recientemente, el Presidente de la República ha enviado a trámite legislativo sendos proyectos de ley con los que se pretende otorgar protección y desarrollo a los pueblos indígenas. El primero propone modificar la Constitución Política, incorporando normas que reconozcan el deber del Estado de velar por la adecuada protección y desarrollo de estos pueblos. De la misma forma, propone que la ley podrá establecer beneficios o franquicias en su favor. El segundo, amparado en la reforma constitucional anterior, propone otorgar a los pueblos indígenas un estatuto legal propio, el que dado el contenido de sus disposiciones constituye un ordenamiento jurídico paralelo al hoy vigente para todos los habitantes del país.

Dada la trascendencia del tema, el Instituto Libertad y Desarrollo ha analizado los proyectos referidos y en este trabajo intenta determinar la proyección de las normas que se proponen.

I IGUALDAD ANTE LA LEY

De acuerdo a los fundamentos de las propuestas del Ejecutivo, los proyectos constituyen la respuesta que el actual Gobierno otorga a una muy sentida aspiración de los pueblos indígenas que integran la Nación.

Desde la perspectiva de los pueblos indígenas, sus aspiraciones dicen relación con el derecho a determinados territorios (especialmente en la zona sur) y al derecho a la igualdad ante la ley.

Los proyectos, lejos de hacer cargo de las reivindicaciones territoriales y de otorgar un tratamiento igualitario a estos pueblos, inicia un proceso discriminatorio en su favor.

En efecto, de acuerdo a la reformas propuestas, en Chile existirán dos naciones, los pueblos indígenas y el resto de los habitantes del país. Los primeros gozarán de una normativa propia y diferente, la que en muchos aspectos es contraria a la igualdad ante la ley deseada.

El Ejecutivo, para conferir a los pueblos indígenas este estatuto jurídico propio, reconoce, define y regula una serie de conceptos, los que lejos de obedecer a una realidad objetiva, sólo responden a lo que se cree es el camino para otorgar protección y fomento a estos pueblos.

En este contexto se propone reglamentar, las siguientes materias:

1 PUEBLOS INDÍGENAS

Se reconoce la existencia de estos pueblos y se proponen para ellos las siguientes normas:

- Incorporar en la Educación Básica un curso de cultura indígena e implementar en las áreas de alta concentración indígena un sistema intercultural bilingüe.

La alteración propuesta a los programas de estudio de la Educación Básica no corresponde a lo que se dice es el fundamento de la iniciativa. Por de pronto, no se advierte el "beneficio" directo para estos pueblos a través del mayor o menor conocimiento que las futuras generaciones del resto del país tengan sobre ellos. Además, los actuales programas contemplan materias destinadas a brindar un adecuado conocimiento sobre el particular.

Por otra parte, poner en práctica un sistema educacional bilingüe para las áreas de alta concentración indígena, no tiene justificación en el

plano objetivo. En primer término, no se señala la cantidad de indígenas que periódicamente utilizan la lengua de sus antepasados, con lo que no se explica la necesidad de la proposición. En segundo término, si lo que el proyecto persigue es la integración de estos pueblos, no se advierte de qué manera puedan alcanzarla mediante la obligación de aprender la lengua de sus ascendientes, en desmedro quizás de otras materias que sí ayuden a la integración deseada.

- Prohibir la venta al exterior del patrimonio arqueológico, cultural e histórico de los pueblos indígenas.

El proyecto no señala qué debe entenderse por patrimonio cultural e histórico de estos pueblos, con lo que podría llegarse al absurdo de prohibir las exportaciones de artesanía indígena u otras manifestaciones culturales.

Mientras la actividad económica gira en torno a la idea de diversificar cada vez más nuestras exportaciones no tradicionales, la norma parece prohibir a los pueblos indígenas el acceso a este mercado, con lo que les niega una posibilidad concreta de desarrollo.

- Reconocer la existencia y validez del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Este reconocimiento se refleja en los procedimientos judiciales, los que de concurrir determinados requisitos deberán tramitarse conforme a estas normas.

Si bien el proyecto señala que los juicios se sustanciarán conforme al derecho consuetudinario de estos pueblos, en la práctica sus normas tendrán aplicación no sólo en la instancia judicial. En efecto, de acuerdo a lo que dispone el artículo 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias definitivas¹ deberán contener la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad conforme a los cuales se pronuncia el fallo. Esto es, la sentencia que resuelve un litigio no sólo debe dictarse conforme a lo legalmente establecido, sino que además, debe fundarse y señalar las normas de derecho conforme a las cuales se resuelve el litigio.

De esta forma, en el caso que nos ocupa, no sólo el juicio se sustanciará conforme al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, sino que también las normas que den la solución al asunto controvertido, tendrán ese carácter.

¹ Las sentencias definitivas conforme a lo dispuesto por el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, es la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

2. COMUNIDADES INDÍGENAS

El Ejecutivo considera como comunidades indígenas a las personas jurídicas que agrupan a personas pertenecientes a un pueblo o territorio determinado.

Estas comunidades serán las titulares de las tierras indivisas, las que sólo podrán dividirse mediante una solicitud formal que deberá ser presentada a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (servicio público que el proyecto crea) por la mayoría absoluta de los miembros de la comunidad.

La medida es contraria a la normativa general sobre la materia. El derecho de propiedad de un comunero respecto de un bien que se posee en comunidad, se manifiesta a través de la posibilidad de solicitar en cualquier momento y sin necesidad de un quórum especial la división del haber común, con el objeto de que se le adjudique la cuota que le corresponda. Además, la ley permite que la partición pueda ser hecha de común acuerdo por las partes.

La norma propuesta constituye una excepción a este principio general. En efecto, por una parte exige un quórum especial para solicitar la división de las tierras y por otra, anula la posibilidad de que ella se lleve a cabo por acuerdo de las partes interesadas.

De esta forma, la norma propuesta desconoce el derecho de propiedad del comunero, al mismo tiempo que anula cualquier posibilidad de desarrollo individual de éste.

3. ASOCIACIONES INDÍGENAS

De acuerdo al Ejecutivo se considerarán asociaciones indígenas a las personas jurídicas integradas a lo menos por 25 indígenas que se asocian, reúnen y organizan en función de un interés común.

La Constitución Política consagra el derecho a asociarse libremente. Esto es, el derecho para constituir toda clase de sociedades, fundaciones y corporaciones (estas últimas de derecho privado). Al mismo tiempo, la ley regula el proceso de constitución y extinción de ellas.

La norma propuesta parece exigir que el derecho de los indígenas a asociarse libremente, deberá ejercerse mediante la constitución de las comunidades indígenas. Sin perjuicio de la inconstitucionalidad que una norma como ésta significa, no se advierte su real necesidad.

Lo único que permite visualizar su establecimiento, es la aspiración del Ejecutivo de dirigir e intervenir en el ejercicio del derecho de los

indígenas a asociarse libremente. Quizás en este sentido se orientan las normas que disponen que la constitución de las asociaciones indígenas se llevará a cabo mediante el depósito de sus estatutos en un registro que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena llevará al efecto y que será este servicio público, el que podrá cancelarles su personalidad jurídica.

4. INDÍGENAS

El proyecto considera indígenas a las personas que teniendo la nacionalidad chilena cumplen, además, con una serie de requisitos.

El criterio que inspira al legislador es la libre autoidentificación de la persona, a lo que se agregan requisitos de carácter natural (hijos de padre o madre indígenas) y otros de carácter material como es la mantención de rasgos culturales de algún pueblo indígena.

Evidentemente, la calidad de indígena no puede ser determinada tan vagamente por un proyecto que precisamente tiene como propósito hacerlos acreedores a una normativa legal diferente a la del resto de los habitantes del país. En efecto, el proyecto dispone que la filiación de un indígena podrá acreditarse por la posesión notoria de un estado civil determinado (hijo de padre o madre indígena). Además, el proyecto no proporciona los elementos objetivos que determinarán si una persona tiene la calidad de indígena por mantener la cultura de un pueblo de esas características.

Donde lisa y llanamente se llega a un extremo, el que incluso resulta lesivo para la dignidad humana del indígena, es al disponer que la calidad de tal se acreditará mediante un certificado que otorgará la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

De esta forma, no se explica el principio de la autoidentificación, puesto que por alta que sea la identificación que tenga la persona con una raza determinada, de nada le servirá en la práctica, si no cuenta con el certificado correspondiente.

5. TIERRAS INDÍGENAS

El reconocimiento de un estatuto especial para los habitantes de la zona de Arauco con el objeto de lograr la pacificación de estos pueblos significó, en la práctica, delimitar sus tierras con las del resto del territorio nacional. Dado que la rapidez era fundamental para el éxito del proceso, se optó por confeccionar un solo plano y un solo título para cada grupo avencindado en una localidad determinada, dejándose para más adelante el reconocimiento legal de la propiedad individual de cada familia dentro de

estos grupos.

El proceso dio como resultado una dualidad en el tratamiento de la propiedad indígena. Mientras los pueblos de la zona norte y central del país gozaban de la propiedad individual de sus tierras, las pertenecientes a las comunidades mapuches que cubrían alrededor de 500.000 Hás., divididas en 3.000 comunidades, eran obligadas a permanecer en la indivisión y sus miembros eran considerados legalmente menores de edad. Además, no podían enajenar ni gravar (hipotecar) estas tierras.

La introducción de mejoras y la inversión en la propiedad común fue nula. En efecto, al no reconocerse el derecho individual del comunero a una parte del haber común, nadie pudo testar en forma obligatoria para sus herederos, lo que se tradujo en que estos últimos no pudieron disponer libremente de lo recibido a título de herencia. De esta forma, el incentivo por desarrollar la propiedad individual se extinguió.

La postergación a que fueron sometidas las tierras comunes, trató de revertirse mediante la implementación de un sistema de regularización de la propiedad individual, el que se caracterizó por ser voluntario rápido, simple y gratuito. En efecto, durante el gobierno de Don Jorge Alessandri Rodríguez se inició el proceso de saneamiento de títulos, paralizándose durante la Unidad Popular, para continuar en el año 1979, en que se dictó el Decreto Ley 2.568.

El resultado de este proceso se refleja en los siguientes cuadros estadísticos.

Hasta antes del proceso de otorgamiento de títulos de propiedad individuales, el panorama de la propiedad comunitaria era el siguiente:

<u>Región</u>	<u>Nº de Comunidades Indígenas</u>	<u>Superficie (há)</u>
VIII	83	26.367
IX	2317	407.799
X	518	76.601
Total	2918	510.767

Hasta 1987 la situación anterior había experimentado los siguientes cambios:

<u>Región Nº de Comunidades Indígenas Divididas</u>	
VIII	50
IX	1.542
X	414
Total	2.006

Por último debe destacarse que a la fecha, del total de tierras comunitarias o reservas, sólo 20 permanecen en la indivisión.

El éxito que ha experimentado la división de las comunidades indígenas, se debe en gran parte al interés y colaboración que han prestado los propios indígenas. En efecto, al iniciarse el proceso pudo comprobarse que si bien desde el punto de vista legal la propiedad indígena era comunitaria, en la práctica los comuneros tenían perfectamente delimitados sus derechos.

Por otra parte, el saneamiento de títulos provocó un aumento de la escolaridad infantil. En efecto, al delimitarse físicamente sus tierras no se hizo necesaria la permanencia en los campos de pequeños que cuidaran el pastoreo de los animales de la familia; el tiempo destinado a estas faenas, hoy se aprovecha en la escuela.

El proyecto propone disposiciones que tienen por finalidad retrotraer el proceso histórico que ha experimentado el tratamiento de las tierras indígenas.

En efecto, el proyecto propone entre otras, las siguientes normas:

- Deroga el decreto ley 2.568, de 1979. El efecto que producirá esta derogación se reflejará en la absoluta indefensión e indivisión de las 20 comunidades aún existentes.
- Establece limitaciones al derecho de propiedad. Respecto de las tierras comunes, se prohíbe su enajenación. Además, no podrán ser hipotecadas, arrendadas ni dadas en comodato.

Respecto de las tierras individuales, éstas sólo podrán ser enajenadas siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

. que la enajenación sea previamente autorizada por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, y

. que el adquirente tenga la calidad de indígena.

Estas limitaciones, en la práctica, impiden la libre comercialización de las tierras, con lo que a priori se está condenando a sus titulares a permanecer al margen del desarrollo económico y social que experimente el país.

Además, estas proposiciones resultan contradictorias en atención a lo dispuesto por el propio mensaje presidencial. De acuerdo a su texto, el proyecto no es sino el reflejo de las viejas aspiraciones de los pueblos indígenas. Sin embargo, ha quedado demostrado que a través del proceso de división y adjudicación de tierras individuales, las aspiraciones de estos pueblos es la de ejercer libremente su derecho de propiedad.

Por otra parte, las limitaciones al dominio que se proponen, marginarán a los pueblos indígenas de la posibilidad de acceder a mejores condiciones de vida. En efecto, si bien en Chile, es difícil medir resultados de esta especie, la experiencia norteamericana ha demostrado lo siguiente:

El censo realizado en Estados Unidos en el año 1980 demostró que el 14% de los hogares indígenas, pertenecientes a una reservación y en consecuencia tenedores de tierras comunes, tenía ingresos menores a los 2.500 dólares anuales. Esta suma sólo es comparable con lo que recibe el 5% más pobre del país. Esto significa que los indígenas que poseen tierras comunes, resultan ser más pobres que los sectores más desposeídos de ese país.

Las razones que explican esta situación dicen relación fundamentalmente con los siguientes aspectos:

- Dificultades en la toma de decisiones y administración de la tierra común.

- La necesidad de requerir autorizaciones de organismos públicos para negociar la contratación de empréstitos, acordar inversiones, sustituir cultivos, celebrar contratos de arrendamientos etc.

- La imposibilidad de poder enajenar o hipotecar la propiedad común.

Las soluciones a este problema, la han buscado los propios indígenas (individualmente considerados), al invertir su tiempo en otros trabajos (empleándose para un productor agrícola blanco por ejemplo).

Por otra parte, si se compara la productividad por hectárea de una propiedad privada (indígena) y con la de una comunitaria (indígena), la primera resulta ser entre 85 y 90% más alta que la segunda.

De esta forma, de aprobarse el proyecto en los términos propuestos, los resultados no serán muy diferentes a los de arriba señalados.

Como se advierte, las normas desconocen que todo desarrollo de un sector determinado (étnico en este caso) debe fundarse sobre la base de un tratamiento legal igualitario que permita la integración global de sus componentes. La normas propuestas acarrear el grave peligro de postergar el desarrollo general a quienes precisamente pretende beneficiar.

II PRECEDENTE HISTÓRICO

La conquista hispánica de las Indias occidentales (América) fue marcada por la misión evangelizadora del conquistador. En este contexto, cuando se da inicio a la conquista de Chile, ya existía una elaborada legislación que regulaba el trato y situación legal del aborigen. El indígena tenía la calidad de ser humano y, aún más, era considerado sujeto de derecho y vasallo libre del Rey².

Con la independencia, el iluminismo y el liberalismo del siglo XVIII, se promulgan las primeras leyes republicanas y se declara la más absoluta igualdad de todos los habitantes del territorio nacional.

El 4 de marzo de 1819 el Libertador Bernardo O'Higgins confirmó la plena ciudadanía e igualdad de los naturales del país.

Esta idea de igualdad dio como resultado la formación de una nueva nación con rasgos nuevos y homogéneos.

La legislación especial que se dictó en algunos casos para los pueblos

² Entre otros aspectos, esto significaba que tenía la libre posesión de sus tierras por las que debía tributar a la corona, como los demás súbditos.

indígenas, sólo obedeció al proceso de integración que vivía el país. En efecto, dado el carácter de beligerantes de los habitantes de la denominada "franja araucana o de la frontera", se hizo necesario llegar a acuerdos (parlamentos) que buscaban la deposición de las armas y la integración administrativa de estos pueblos a la soberanía nacional. Estos acuerdos (transitorios) consistieron en otorgarles a estos pueblos garantías especiales como delimitación y libre posesión de las tierras por ellos ocupadas, exención de impuestos territoriales, etc. De manera alguna este proceso significó el otorgamiento de un estatuto jurídico distinto para estos pueblos. Las leyes especiales sólo obedecieron a la aspiración de paz, igualdad e integración que el país perseguía.

Si bien estas iniciativas pudieron obedecer a necesidades impostergables de un momento histórico determinado (como la señalada en el primer caso), su resultado ha sido la postergación del indígena, él que, por tener un estatuto de leyes especiales, no ha conseguido integrarse a la convivencia social y desarrollarse a la par con el resto del país. Así por ejemplo, la étnia mapuche no participó en la transformación que los demás pueblos o grupos étnicos practicaron en los últimos 100 años. En efecto, mientras muchos de estos pueblos pasaron de una actividad del 90% agropecuaria a un 7%, con la consecuente integración al resto del quehacer laboral del país, los pueblos mapuches se consideran hoy como 100% agrícolas.

III DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Como se señaló arriba, los proyectos separan al país en dos étnias distintas. Los chilenos descendientes de españoles, de otros pueblos europeos o de otros continentes, y los descendientes de quienes habitaban nuestro territorio a la llegada de los conquistadores.

El estatuto jurídico que se pretende otorgar a los pueblos indígenas, tiene por objeto establecer normas que discriminen en su favor, bajo el pretexto de ser éste, el único instrumento que permitirá su integración. Sin embargo, el contenido de algunas de sus disposiciones resulta arbitrario, con lo que las discriminaciones propuestas no pueden aceptarse.

En efecto, el proyecto define a los pueblos indígenas como "los poseedores de una cultura propia que engloba conocimientos, técnicas, instituciones, expresiones y valores que los distinguen de la cultura global". El concepto resulta igualmente válido para los descendientes de otras nacionalidades, los que pese a poseer características propias, no por ello son sujetos de discriminaciones positivas por parte del Estado.

El chileno-alemán o el chileno-italiano ha logrado insertarse a la vida nacional bajo un sistema legal igualitario, y sin la necesidad de contar con una normativa especial. De esta forma, no se explica el propósito para modificar esta situación respecto de los pueblos indígenas.

Las culturas referidas cuentan con instituciones culturales, deportivas y sociales que les ayudan a practicar y mantener sus valores propios, sin embargo, logran salir de su étnia para aportar sus valores a la vida nacional, desarrollándose a la par con ella.

IV CONCLUSIÓN

Resulta curioso que la iniciativa del Ejecutivo derive de las continuas manifestaciones que determinados dirigentes indígenas de dudosa representatividad, han venido realizando en el último tiempo. En este contexto el proyecto que se propone podría sentar un nefasto precedente, en el sentido de que cada vez que se proclamen iniciativas separatistas por parte de auto nombrados representantes del pueblo indígena, el gobierno patrocinará iniciativas legales de este carácter.

El Estado tiene el deber de velar por la protección jurídica de los indígenas, al igual que debe hacerlo respecto de la totalidad de los chilenos. Sin embargo, debe evitar el establecimiento de medidas discriminatorias que eventualmente pueden tornarse odiosas y crear animosidades y actitudes raciales hasta ahora inexistentes en nuestra convivencia social.

El enfoque propuesto tiene claras connotaciones étnicas segregacionistas en el cual las personas adquieren derechos u obligaciones en virtud de consideraciones raciales. Ello parece más inaceptable si se considera que el país se ha desarrollado históricamente por el camino de la mezcla y de la integración racial. Nuestra historia no puede comprenderse sino en relación con uno de sus rasgos más esenciales, cuál es, la formación del mestizaje.

Una política basada en el separatismo, en lugar de la integración real, sólo puede aumentar la marginación de los pueblos indígenas sin que ello responda realmente a sus verdaderas aspiraciones. En este sentido, iniciativas que en definitiva implican la búsqueda de razas puras autónomas, que se certifican con carné por oficinas públicas, son reminiscentes de experiencias traumáticas de confrontaciones raciales en otras latitudes. Debe señalarse que la integración no es antinómica a la idea del respeto por la diversidad cultural y a las tradiciones peculiares de cada grupo.

Resulta paradójal que un gobierno que reiteradamente denuncia lo que estima es un debilitamiento indebido del Estado, pretenda por medio de esta reforma privarlo de uno de los atributos que le es más consustancial y que se refiere precisamente a su calidad de elemento integrador de todos los habitantes del territorio. La nacionalidad, esto es, el vínculo jurídico que une a una persona determinada con el Estado se deriva precisamente de aquellos elementos en común de los cuales todos gozan más allá de sus diferencias de raza, sexo, religión o clase.

Si el objetivo que se pretende es que se respeten y consideren las costumbres y la idiosincrasia de los indígenas, ello no requiere de un estatuto constitucional especial. Esta discriminación positiva sólo refleja una visión paternalista, un intento por preservar estas culturas como piezas de museo más allá de lo que sería su evolución espontánea y no hacen justicia al respeto real, al cual ellas son acreedoras por sí mismas.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA
12 DIC 1991
ARCHIVO PRESIDENCIAL



ARCHIVO

CBE 91/27094
91/27954


Señor
Cristián Larroulet V.
Director Ejecutivo
Instituto Libertad y Desarrollo
Presente

De mi consideración:

Tengo el agrado de saludarlos y acusar recibo de los 2 ejemplares N° 17 y 18 de la serie Opinión Politico Institucional.

Al respecto agradezco el envío de este material, el cual me será de gran utilidad.

Sin otro particular, les saluda atentamente,



CARLOS BASCUÑAN EDWARDS
Jefe de Gabinete

Santiago, Enero 7 de 1992

CBE/vtp