

**NÚÑEZ POBLETE, Manuel (dir.) (2010). *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*, Santiago: Librotecnia – Universidad Católica del Norte, 570 pp.**

Desde hace un par de años la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Antofagasta, ha venido volcando su atención sobre la normativa general que afecta a los pueblos originarios de nuestro territorio. Para ello, instaló en Internet un Foro N-OR, Foro Norte para el estudio del Derecho y los derechos de los pueblos originarios; posteriormente editó en el año 2007, bajo la insignia editorial de Librotecnia, la recopilación legal llevada a cabo por Mylene Valenzuela y Sergio Oliva intitulada Recopilación de Legislación del Estado Chileno para los pueblos indígenas 1813-2006 y, ahora, bajo la dirección del profesor Dr. Manuel Núñez Poblete, ha acopiado la labor de un grupo de licenciados de sus aulas, que figuran como editores, para entregarnos la Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas. Edición anotada, bajo los auspicios de la misma Casa Editorial, Librotecnia.

Esto último es retomar un viejo proyecto de la Escuela de Derecho, de llevar cabo ediciones anotadas de la producción jurídica, donde su antecedente fue el trabajo del abogado Alberto Tala Japaz, entonces profesor de Derecho de Aguas y Minero de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, en Antofagasta, sobre el Código de Aguas. Concordado, Jurisprudencia Judicial y Administrativa, que vio luz por la Editorial Jurídica ConoSur Ltda., en 1995. De este instrumento legal habrá que recordar su artículo 58 sobre la prohibición de efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de “zonas que alimenten áreas de vega y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y Antofagasta”, asunto vinculado con el hábitat de los pueblos indígenas del Norte Grande.

El texto Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas. Edición anotada, constituye un voluminoso libro de 570 páginas, que va precedido de una presentación y de un estudio atingente. Cabe subrayar en esta obra la incorporación de los jóvenes licenciados Alex Becerra, Luciano Cisternas, Ana Estay, Manuel Choque, Fabiola Collao y Catalina Jones a este trabajo, pues se abre como una oportunidad para auscultar potenciales investigadores que traigan savia nueva a los estudios. Y aquello es muy loable, máxime todavía en regiones.

El libro en cuestión tiene una presentación a cargo de la profesora Mg. Mylene Valenzuela Reyes, que refiere de las tres vertientes para el estudio de los derechos indígenas: la jurisprudencia internacional de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia constitucional, administrativa y judicial chilena, la discusión en el Congreso Nacional y la evolución normativa de las disposiciones de la

Ley Indígena, poniendo de relieve una “clara visión histórica” en cuanto a las valoraciones, principios subyacentes, orientaciones y directrices de los legisladores y jueces nacionales. Cabría acotar al respecto que no basta solamente localizar en el tiempo una norma para sentar una visión histórica. Esta es una relación dialéctica entre el Estado y sus organismos y la sociedad respecto a justipreciar, en este caso, a los pueblos indígenas en un contexto tempo-espacial. Y en dicho encuadre visualizar las orientaciones que sobre los pueblos indígenas ha tenido la sociedad –principalmente las ideologías que la han impulsado a través de una acción estatal y un debate parlamentario– que pone de modo visible su relación con este segmento demográfico de nuestra nación y sus políticas culturales, de asimilación, de integración o de exclusión.

Acompaña al texto un exhaustivo estudio del profesor Dr. Manuel Núñez Poblete, que bajo el título templado de “Invitación al estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile republicano” pasa revista, de modo minucioso, a las diversas temáticas que contiene esta edición anotada, desde la perspectiva de la constitución y los tratados internacionales suscritos por Chile, el derecho indígena consuetudinario en el derecho civil chileno y la legislación especial, donde se aprovecha de revisar lo concerniente a la propiedad inmueble, los recursos naturales y propiedad especiales, para concluir con la política legislativa reciente.

El libro está dividido en dos partes, desiguales en sus dimensiones: una, la ley N° 19.253 que “establece normas sobre protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, promulgada el 28 de septiembre de 1993 y cuya última modificación fue la Ley N° 20.117 de 8 de septiembre de 2006, que comprende las páginas 49-407, y dos, el Decreto N° 236 que “promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado el 2 de octubre de 2008, que corre entre las páginas 409-561.

En cuanto a la primera parte, que va a constituir nuestra atención en esta recensión, precisamente por constituir la mirada sobre la legislación nacional que finalmente dio lugar a la ley 19.253 y que, por esa razón, es pródiga en anotaciones pertinentes que trae esta apreciada contribución al conocimiento de los derechos indígenas.

Una edición anotada constituye un preciado instrumento cuya finalidad es servir de cotejo al estudioso entre el tenor de la norma y el parecer de las instancias judiciales, administrativas, etc. En esta perspectiva, hubiera sido deseable que algunas sentencias que constituyeron una inflexión interpretativa del Poder Judicial sobre la Ley 19.253 no solamente se indicara la sentencia y su datación sino, por lo menos, lo esencial de su fallo; en contraste, las anotaciones del CEACR, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Interna-

cional del Trabajo, respecto al Decreto N° 236, se transcriben en lo fundamental a lo largo de las páginas que analiza el referido decreto.

En nuestra realidad étnica nuestros representantes políticos exhibieron un exiguo conocimiento de nuestra prehistoria o cuando menos de los avances antropológicos llevados a cabo en el país. Núñez Poblete aduce a la “completa ignorancia que los redactores de la Constitución vigente” (p.16) demostraron sobre los pueblos indígenas. En el censo de 1992, anotemos de paso, la etnia atacameña no fue considerada en el levantamiento demográfico y tuvo que mediar el Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo Rvdo. P. Gustave Le Paige, de la Universidad Católica del Norte, para “demostrar” la existencia de este notable pueblo, el más antiguo y el que alcanzó el mayor desarrollo cultural. La ley indígena 19.253 de 1993, debió ser modificada en su artículo 1 en septiembre del 2006 para incorporar a la etnia diaguíta. En su artículo 41, “De la organización” la etnia atacameña tuvo un representante en la CONADI. De igual forma, nos informamos que el artículo 66 referido a la comunidad originaria de Isla de Pascua no estaba en el proyecto del Ejecutivo ni de la Cámara de Diputados, y fue introducido por el Senado (pp. 352-353).

Es interesante observar la nueva sensibilidad estatal respecto a la protección de algunos lugares concernientes a los pueblos originarios calificados de sacro, como ser los decretos del Ministerio de Educación, 116, del 18 de abril de 2001, que “declara zona típica la capilla y cementerio indígena de Caicaén” o el 65, del 28 de febrero de 2004, que “declara monumento histórico los complejos religiosos y ceremoniales indígenas mapuches Mitrauquén Alto e Icalma” (p.50). Empero, la Aldea de Tulor, registrada por el Consejo de Monumentos Nacionales como “monumento arqueológico” y gestionada por la etnia atacameña, no tiene decreto y fecha hasta el presente de su preservación como “monumento arqueológico”.

El cambio respecto de la protección de lugares vinculados con las etnias del norte de Chile, en especial, la atacameña, sea en su proceso de evangelización o lineamientos arquitectónicos acorde a su medio ambiente, comenzó con el arquitecto suizo Roberto Montandón hacia fines de la década de 1940, llamando la atención de los *pukara* y de las iglesias de Chiuchú y San Pedro de Atacama, en 1951, que pudieron consignarse en este libro sobre normativa, en una nota, como una preocupación, si bien tardía, por parte del Estado.

El volumen nos ofrece una lectura de la doble “verdad” que puede emanar de este conjunto de disposiciones que tenemos a la vista.

Por un lado, una serie de leyes que apuntalan hacia la historia de la ley 19.253, con meritorias sentencias judiciales de antaño. En esta perspectiva, la discusión de la ley nos enfrenta a disímiles visiones de nuestros legisladores sobre las etnias y las actuales comunidades indígenas, sus sucesoras. Sorprende que determinadas posiciones político-ideológicas exhiban una “comprensión” sobre el fenómeno étnico, como una inter-

vención del senador Larraín (sic) donde expresó “que los conceptos de tierra y agua son inseparables. La tierra sin agua, para los indígenas, nada vale. Por eso la modificación del Código de Aguas, dando excesiva libertad para su compra y mercadeo, infligió un duro golpe de gracia, ya no de manutención, sino aún de incremento de la superficie regada en las zonas áridas del norte” (p. 56); o perciban determinados “temores”, como una intervención del senador Díaz, a propósito del artículo 4, argumentando que “el inciso segundo del artículo 4 del proyecto, como asimismo los artículos 14 y 17, buscan introducir una figura jurídica implícita; esto es, dar reconocimiento legal a la práctica poligámica, siendo tal pretensión jurídica y éticamente insostenible” (p. 75). O bien bajo una visión de “comunidad nacional”, tratar de enmendar la expresión del artículo 1 “los indígenas de Chile” por los “chilenos indígenas”, según una indicación del senador Thayer (p. 57), donde la jurisprudencia judicial, en este caso un recurso de apelación por la Corte de Apelaciones de Santiago de 1906, evoca el Senado Consulto de 4 de marzo de 1819, un año después de declarada nuestra Independencia, que “los indígenas han sido y son chilenos como los demás habitantes del estado” (p. 63).

Hubiera sido apropiado, para que el lector pudiese entender la “visión histórica”, apostillar “algo” sobre las posiciones de los senadores elegidos democráticamente de aquellos que fueron designados –y fueron proyección– del enclave autoritario del gobierno militar. Aquello hubiese ayudado a poner en el proceso legislativo pro indígena las pervivencias de un modo de entender el Estado, como una nación hegemónica, en lo social y en lo cultural, respecto a la irrupción de las nuevas tendencias que ponen en tela de juicio el Estado-nación y se abren hacia las visiones multiculturales.

Las sentencias que han interpretado el artículo 7 de la ley 19.253, que dice relación al derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, han refrendado lo que en el espacio cotidiano indígena ha vivido lo multicultural desde hace largas décadas, como por ejemplo, sobre el uso de la coca en los pueblos andinos y de la *llipht'a*.

Consideramos que el decurso de la institucionalidad que va a implementar la ley 19.253, principalmente la CONADI, hubiera sido pertinente rastrear la institucionalidad que seriamente abordó el Estado a mediados de la década de 1950, cuya legislación fue recopilada por Mylene Valenzuela Reyes y Sergio Oliva Fuentealba, a saber, el DFL 56, de 16 de mayo de 1953 que creó la Dirección de Asuntos Indígenas, la Ley de Indígenas N° 14.511, de 3 de enero de 1961, que estableció los Juzgados de Letras de Indios, el Decreto 60, de 21 de febrero de 1964, que aprobó el reglamento Orgánico de la Dirección de Asuntos Indígenas, el Decreto 950, de 7 de agosto de 1964, del ministerio de Tierras y Colonización (que no recoge –desgraciadamente– la obra de Valenzuela Reyes y Oliva

Fuentealba), la Ley N° 17.729, de 15 de septiembre de 1972, que transformó la Dirección de Asuntos Indígenas en Instituto de Desarrollo Indígena.

A este cúmulo de leyes pro activas a favor de los indígenas, vino la serie de leyes –cinco en total– del régimen militar de Augusto Pinochet, que se inició con el D.L. N° 2.568 de 25 de marzo de 1979, modificando la ley 17.729, que en su artículo 2 destrozó la “Propiedad Indígena” de los mapuches y que concluye con el D.L. N° 3256, de 27 de febrero de 1980. Esta serie de leyes fue tipificada por el abogado José Aylwin –“uno de los cultores de la disciplina... de consulta obligada” advierte Núñez Poblete (p.14 nota 15)– como etnocida. Por consiguiente, la ley 19.253 de 1993, vino a reparar, en la medida de lo posible, como dijo en una ocasión el mandatario Patricio Aylwin, que la promulgó, los “desaciertos legales”, por decirlo de algún modo, del largo periodo del gobierno autoritario.

Y esta acotación nos dirige hacia la “otra verdad” que se desprende de esta edición anotada de los dos principales instrumentos que afectan a los pueblos indígenas: la ley 19.253 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT promulgado en el año 2008 y vigente en nuestro país desde el 15 de septiembre de 2009. Nos referimos a la jurisprudencia judicial que acompaña al texto, donde se desprende el desvío del Estado respecto al sueño inicial de Bernardo O’Higgins concerniente a los pueblos indígenas.

En el tenor de las sentencias desfilan los ejes de visiones socioculturales, prejuicios, ideas dominantes en el mundo europeo, donde predomina la exclusión más que la inclusión –por parafrasear al historiador Jorge Pinto Rodríguez, uno de los más competentes especialistas en el tema mapuche– sobre la temática que nos ocupa. Es la verdad impuesta desde el sello del monismo jurídico decimonónico pero también del tópico racial que van a difundir Domingo Faustino Sarmiento con “civilización o barbarie” o la mirada de Benjamín Vicuña Mackenna sobre la necesidad de privilegiar inmigrantes raciales vigorosos. De esto se hacen cargo, en argumentaciones “extrajurídicas”, los jueces. La visión del derecho de conquista militar o la condición de inferioridad cultural de los indígenas fueron ideas-ejes que dieron respuesta al despojo de las tierras ancestrales de nuestros pueblos originarios y a la destrucción de sus elementos socioculturales. De todo esto, el estudio de Núñez Poblete se hace cargo y constituye un aporte crítico a lo que se hace en materias jurídicas por avanzar sobre la comprensión de tales asuntos en la actualidad.

Una sentencia de la Corte Suprema de 11 de octubre de 1895 expone: “Que los territorios de indígenas situadas al sur del río Bio-Bio i al norte de la provincia de Valdivia, aunque han formado parte del territorio nacional no han estado sujetos a las leyes de la República, i se han gobernado según las costumbres de sus habitantes, que han vivido independientes en estado de barbarie, hasta que se les ha sometido a las leyes de la

nación, ocupando paulatina i sucesivamente aquellos territorios mediante diversas medidas administrativas i especialmente por medio del empleo de la fuerza militar” (pp.117-118).

O las disparidades respecto de las tierras indígenas que emite la Corte Suprema, en sentencia de 31 de diciembre de 1918, “que incorporadas a la república todas esas regiones, escasamente pobladas por tribus indígenas de incipiente civilización, que ocupaban de hecho pequeñas porciones de suelo, pero que sin embargo, se decían dueñas del todo el territorio”(p.120); y en sentencia de 4 de noviembre de 1939, “que a medida que la nación imponía su soberanía en la región, no despojaba a los indígenas de su suelo, sino que, por el contrario, los radicaba en la tierra que estaban ocupando y que cultivaban con su personal esfuerzo”, para acotar, a renglón seguido que ni siquiera la figura del Protector de Indígenas surtió efecto, puesto que:

“Que las medidas dictadas por esta serie de leyes, llamadas “prohibitivas”, no dieron el resultado calculado por el legislador, los acaparadores encontraron numerosos medios de burlarlas. Intencionada o casualmente se destruyeron en aquella zona algunos registros notariales y del conservador de bienes raíces que, haciendo imposible comprobar la legitimidad de ciertos títulos, favorecían el fraude. Que como aparece de los datos históricos expuestos, esta serie de abusos desvirtuó en aquella comarca la eficacia y garantía del régimen de posesión inscrita que había construido tan cuidadosamente el Código Civil” (pp.122-124).

El derecho no solamente reflejó la fisonomía del Estado sino la sanción a veces a la violencia aplicada en el llamado periodo de “Pacificación de la Araucanía”.

El Estado también reunió su conjunto de valores de los sectores sociales que detentaron su poder. La propiedad privada fue sagrada, al lado de la conquista militar, durante la vigencia del Estado liberal durante todo el siglo XIX, justificando su actuación en las primeras décadas del XX; el Estado de bienestar social propendió a establecer cierta institucionalidad para el caso indígena y las prestaciones sociales correspondientes; el Estado autoritario y neoliberal, vinculado al régimen militar, fue un retroceso en lo avanzado tímidamente en el periodo anterior en lo que atañe a los indígenas y, el Estado actual, que oscila entre lo heredado en lo social y multicultural dentro del liberalismo imperante de los años de la Concertación y lo exigido por el Convenio 169, como lo expone con claridad Núñez Poblete (pp.17-22).

Aguardamos que por constituir el libro en comento una notable contribución para las generaciones jóvenes, en cuanto a comprender que determinados fenómenos jurídicos ya no dependen de la producción legal nacional sino, cada vez más, se imbrican con la dirección que toman las naciones occidentales más avanzadas en la agenda de derechos humanos, y cuyo reflejo en los organismos internacionales han llevado a Chile sus-

cribir tanto convenios como tratados internacionales, tengamos una segunda edición lo más pronto posible.

Es una manera de entender –y asimilar– la globalización no solamente en materias de conectividad y comercio sino en un nivel de lo cultural, como es lo jurídico.

Su lectura en el ciudadano medio pondrá en sus manos los elementos necesarios para formarse un juicio sobre los problemas contingentes a que estamos habituados en la zona de La Araucanía, cuyas raíces se remontan hacia mediados del siglo XIX.

**JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ PIZARRO\***

---

\* Doctor en Historia por la Universidad de Navarra (ESPAÑA). Profesor Titular de la Universidad Católica del Norte. Profesor de Historia del Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Antofagasta. Correo electrónico: jagonzal@ucn.cl