

Legal |
Opinión | Artículo 2 de 2

Comisión Presidencial para la Paz y el Entendimiento y la demanda territorial mapuche: ¿cumple el "nuevo sistema de reparación" con el estándar del Convenio N° 169 de la OIT?

"...Parece haber argumentos plausibles para sostener que tanto la manera de adquirir tierras como las formas de reparación serían compatibles, a primera vista al menos, con lo establecido al efecto por el convenio. Con todo, debemos recordar que, tal como lo mandata el convenio, los procedimientos serán finalmente 'adecuados' para resolver las reivindicaciones de tierras solo si se configuran con la participación y consulta de los pueblos indígenas..."

Viernes, 23 de mayo de 2025 a las 16:23



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Cristóbal Carmona

El cómo reparar adecuadamente la desposesión territorial que sufrió el pueblo mapuche por acción y omisión del Estado de Chile ha sido uno de los principales desafíos que ha enfrentado la política indígena desde la década de los noventa. Por ende, no es de extrañar que, en las recomendaciones entregadas por la Comisión Presidencial para la Paz y el Entendimiento, la temática prevalente sea la propuesta de un nuevo sistema de reparación. De cara a la futura consulta indígena que deberá realizarse previo al envío del proyecto de ley al Parlamento, parece importante examinar la compatibilidad, *prima facie*, del nuevo sistema propuesto con lo dispuesto por el Convenio N° 169 de la OIT. Ello, en dos puntos específicos e intrínsecamente relacionados: el cómo adquirir la tierra y las formas de reparación abiertas para las comunidades.

El principal mecanismo establecido por la Ley N° 19.253 (Ley Indígena) para intentar hacerse cargo de la demanda territorial mapuche es el contemplado en el art. 20(b). Este mecanismo se articula en base a dos características esenciales: primero, que la forma de reparación es

solamente a través de tierras —sea las reivindicadas históricamente u otras—, y, segundo, que dichas tierras solo podrán ser adquiridas si el propietario actual decide venderlas. Así, una vez que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) otorga la “aplicabilidad” a una comunidad indígena —i.e., valida la existencia de un “problema de tierras”—, esta tiene derecho para la adquisición de uno o más inmuebles. Así diseñado, este mecanismo ha generado diversos problemas: especulación inmobiliaria; compra de predios alejados del lugar originario de la comunidad solicitante; presión y, en ocasiones, violencia a particulares para obligar la venta; tiempo de espera de 20 a 25 años para la compra, entre otras. Frente a ello, el “nuevo sistema de reparación” propuesto por la comisión presenta una serie de características que buscan responder —de una u otra forma— a las dificultades que presenta el art. 20(b). De estas, como señalaba al inicio, quisiera enfocarme en solo dos, cuales son, el modo en que se adquiere la tierra y las formas en que se repara.

Comencemos revisando brevemente la manera en que se adquiere la tierra en este nuevo sistema. De acuerdo a la Recomendación N° 10 (2) (a), la Agencia de Reparación administrará un sistema de reparación, el “que contará con un mecanismo de adquisición de tierras que evite los conflictos y que se ajuste al derecho y no a vías de hecho”. Más adelante, en la Recomendación N° 12 (R12), la propuesta enuncia que la reparación debe ser “preferentemente a través de la restitución y adquisición de tierras”. Señala, además, que, cuando “estas no estén disponibles, o las comunidades no las consideren adecuadas, la Agencia podrá aplicar formas alternativas de reparación”. Luego, para intentar asegurar la disponibilidad de tierras, la R12 enumera cinco fuentes de tierras de las que podrá disponer la agencia y establece un mecanismo de corrección en caso de que el tribunal estime que las tierras disponibles no son suficientes.

Aunque en muchas dimensiones diverso, debe notarse que el nuevo mecanismo presenta una continuidad importante con el sistema actual. En esencia, la adquisición de tierras se sigue articulando en base a la venta de particulares de sus tierras. Así, de las cinco fuentes de tierras, tres responden a predios que se ofrezcan para su venta, ya sea por “la industria forestal y otras empresas” (12 (2) (c)) o por “particulares” (12 (2) (a) y (12 (2) (b)) en diversos períodos. Si bien la propuesta tiene una serie de medidas para evitar que se replique la situación de presión y violencia para obligar a los dueños de predios a vender, subsiste el problema para las comunidades y su “acceso” a las tierras históricamente ocupadas —o, incluso, a otras tierras—; a saber, que dicho acceso dependerá de que los dueños actuales quieran venderlas. Ello, a diferencia de sistemas comparados en donde el recurso a la expropiación —que podría dar solución a esta cuestión, aunque, ciertamente, abre otras discusiones— sí es admisible¹. Así configurado, ¿puede decirse que el nuevo “sistema de reparación” cumple con lo dispuesto por el Convenio N° 169?

Puede parecer paradójico, pero, pese a reconocer la “importancia especial” para los pueblos indígenas de sus tierras y territorios (art. 13), y disponer la protección de los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que “tradicionalmente ocupan” (art. 14), el convenio no tiene normas sustantivas sobre la reparación por la desposesión de los territorios tradicionalmente ocupados. La norma existente sobre el tema, el art. 14 N° 3, es más bien procedimental: “Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. De esta forma, y en línea con lo dispuesto en el art. 34 del convenio, se establece una margen de flexibilidad a los Estados para adecuar estos procesos a “las condiciones propias de cada país”. Lo que cabe preguntarse, entonces, es si dentro de la flexibilidad dada por el convenio, lo propuesto por la comisión puede ser considerado, al menos *prima facie*, parte de un procedimiento “adecuado”. En mi perspectiva, una interpretación sistemática del convenio (art. 31 N°1, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)) lleva a una respuesta afirmativa a esta interrogante.

Al respecto, la disposición que puede ayudar en dilucidar esta cuestión es el art. 16 N° 4 del convenio. Esta norma se refiere a los casos en que los pueblos indígenas sean trasladados de las tierras que ocupan —es decir, desplazamiento “actual” (durante la vigencia del convenio) y no “histórico”— y su retorno a ellas no sea posible. En su primera parte, la norma establece: “Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro”. Hay un elemento de este artículo que es especialmente relevante para nuestro análisis, a saber: que, habiéndose descartado —por acuerdo o por el Estado, en ausencia de este— la posibilidad de retorno a las tierras, la norma supedita la hipótesis de reparación en tierras a “todos los casos posibles”. En otras palabras, hay una “obligación de medio” para el Estado de intentar asegurar dicha “posible” reparación en tierras, pero no una obligación de “resultado” sobre la misma. Y si, como entiendo, el art. 16 N° 4 establece la reparación en tierras como “obligación de medio” para los casos de desplazamiento “actual”, con mayor razón se puede sostener que lo hace para la restitución de los territorios históricos, en donde, por el paso del tiempo, el retorno a las tierras ocupadas es todavía más difícil. Esta idea adquiere mayor fuerza si se considera —en base al art. 31 N°3(c) de la CVDT— lo dispuesto en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). El art. 28 N° 1 de esta declaración dispone que los pueblos indígenas “tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído (...)”. Lo que hay acá es, también, una obligación del Estado de hacer los esfuerzos necesarios para que estén disponibles como reparación las tierras que poseían históricamente los pueblos; solo en caso de que eso “no sea posible”, se procede con la “indemnización equitativa”. En vista de ello, lo dispuesto en la R12.2 pareciera estar en línea con lo regulado por el convenio —e, inclusive, con la DNUDP—.

El otro punto a dilucidar, vinculado al anterior, es el relativo a las *formas en que se repara*. La propuesta sobre este tema está contenida en la Recomendación N°15 (R15). Esta recomendación comienza reiterando que se deberá priorizar “la reparación en tierras”, expresando que, “no obstante, las comunidades o familias indígenas podrán optar por otras modalidades”. Luego, refiere a una serie de formas de reparación en bienes sustitutos: infraestructura habitacional o productiva, pago de créditos hipotecarios; participación en la administración de áreas protegidas; acceso a planes habitacionales, etc. La R15 establece, asimismo, una importante norma de clausura del sistema: transcurridos seis años desde que la agencia notifique la oferta de reparación disponible, las comunidades o familias podrán “retirar el remanente que no haya sido utilizado, para disponer libremente”. Como puede apreciarse, la modificación esencial respecto del sistema actual es que la reparación ya no sería solo a través de tierras —sean las históricamente ocupadas u otras—, sino que también comprendería la posibilidad de optar desde el primer momento a bienes sustitutos y, luego de un período de tiempo, a compensación monetaria.

Ante ello, alguien podría señalar que, dada la importancia especial que el convenio reconoce a las tierras y territorios, el estándar demandado por este tratado requeriría que las comunidades solo pudiesen recibir tierras en reparación, y únicamente en los casos que por razones plausibles ellas no estuviesen disponibles, pudiesen optar a otras formas de reparación. Hay dos argumentos que sirven para desechar este razonamiento. El primero es de texto, y se encuentra en el ya analizado art. 16 N° 4. Acá, luego de señalar que, en los casos que no sea posible retornar a las tierras de las cuales los pueblos fueron desplazados, estos tienen derecho a recibir tierras de igual calidad, agrega un punto importante: “Cuando

los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”. Es decir, estatuye desde un inicio un derecho de opción para los pueblos, entre otras tierras, “indemnización en dinero” o “en especie”. Y, de nuevo, si esto aplica a los pueblos desplazados en la actualidad, puede concluirse que igual derecho les cabría a las comunidades desplazadas “históricamente”, por cuanto la posibilidad de retorno a esas tierras suele ser más compleja.

Pero, además, la apertura a diferentes formas de reparación es coherente con el objeto y fin del tratado. El convenio, recuérdese, tiene un doble objeto y fin. Se basa tanto en el principio de protección de la cultura —de la cual muchas veces las tierras suelen ser una parte esencial— como en el de autonomía o libre determinación². En este sentido, el derecho de opción de la forma de reparación establecido en la R15 —mientras se intente asegurar que exista tierra disponible para que sea una “elección”— sería una manifestación del derecho de estos pueblos a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (art. 7 N° 1) y, por ende, sería consistente con el objeto y fin de esta convención.

Al fin, parece haber argumentos plausibles para sostener que tanto la manera de adquirir tierras como las formas de reparación serían compatibles, a primera vista al menos, con lo establecido al efecto por el Convenio N° 169. Con todo, debemos recordar que, tal como lo mandata el convenio, los procedimientos serán finalmente “adecuados” para resolver las reivindicaciones de tierras solo si se configuran con la participación y consulta de los pueblos indígenas. Por lo mismo, estas —y las demás— propuestas de la comisión deben leerse siempre como solo el primer paso para avanzar en el diseño de una política de tierras que permita responder, aunque sea parcialmente, a la demanda territorial del pueblo mapuche.

** Cristóbal Carmona Caldera es profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales e investigador adjunto del Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR) y del Núcleo Milenio Andespeat, además de ex integrante del Comité Técnico de la Comisión Presidencial para la Paz y el Entendimiento.*

¹ Ver al respecto, Manuel Núñez, “La constitución de la propiedad indígena como fin de la expropiación por interés nacional”, *Revista de Derecho* (U. Austral), Vol. 30, N° 1, pp. 205-233.

² Ver Cristóbal Carmona, La interpretación “eco-cultural” de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y sus riesgos” *Revista Chilena de Derecho* Vol. 51 N° 2 2024 pp. 10 y 12

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online