

**LA MEMORIA DE LAS TIERRAS ANTIGUAS
TOCANDO A LAS PUERTAS DEL DERECHO.
POLÍTICAS DE LA MEMORIA MAPUCHE EN
LA TRANSICIÓN CHILENA.**

VÍCTOR TOLEDO LLANCAQUEO*

*En la energía de la memoria la tierra vive
y en ella la sangre de los Antepasados.
¿Comprenderás, comprenderás por qué –dice–
aún deseo soñar en este valle?
Elicura Chihuailaf*

RESUMEN

Las reclamaciones colectivas de los pueblos indígenas de una justicia histórica, tienen una doble dimensión, de reconocimiento y reparación¹. Reconocimiento de su preexistencia como pueblos y de sus derechos, reconocimiento de una historia de atropellos y del memorial de agravios, y de las obligaciones de reparación. Reparación que tiene como una de sus exigencias centrales la restitución de sus territorios ancestrales, esos que están en la memoria y que forman parte de su identidad cultural. Restitución que constituye la precondition de una reconciliación. ¿Qué ha ocurrido con el derecho a la memoria de los pueblos indígenas en las transiciones en América Latina? ¿Ha habido justicias restaurativas en estos casos?

En el presente ensayo solo haremos referencia al caso mapuche, bajo jurisdicción del estado de Chile, y a las políticas de la memoria indígena en la transición democrática. Acotando aún más, nos referiremos solo a la memoria de las tierras, al *nüttram* de las tierras antiguas, a su dramática puesta al centro de la plaza pública.

Palabras Claves: Memoria indígena, Derechos indígenas, Políticas de reparación y reconciliación

* Historiador. Director del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas, miembro del Grupo de Trabajo sobre Movimientos Indígenas y Democracia en América Latina de CLACSO.

¹ Esta doble dimensión del reconocimiento y la reparación, es, a nuestro juicio, la expresión de ese otro debate político-filosófico de corriente principal, al que se refieren autores como Fraser y Honneth, en *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Verso, Londres, 2003.

ABSTRACT

There are two dimensions to the shared claims of indigenous people for historical justice: recognition and redress.² They claim recognition as a people with inherent rights; recognition for longstanding outrage and historical affronts; and recognition of responsibilities in terms of reparation. The main claim to redress points at the restitution of ancestral lands—land which is in their memory and part of their cultural identity. This restitution is the precondition for reconciliation. ¿What has happened with the right of indigenous people to memory in Latin American transitions? ¿Has there been restoration justice in these cases?

In this paper, we will only refer to the *Mapuche* people under the competence of the Chilean Government and to memory-related indigenous policies within the democratic transition. Further narrowing our analysis, we will only refer to land-related memory, the *nutram*³ of ancient lands and the dramatic way in which it has made it to the forefront of the Chilean public arena.

Key Words: Indigenous memory, Indigenous rights, Reparation and reconciliation policies.

PRESENTACIÓN

EL *NUTRAM KUIFI DUNGU* significa en lengua mapuche conversar de cosas del pasado. Rito y palabra de la tierra, *nutrankan* es parte de la vida cotidiana de las familias, de las comunidades y del movimiento mapuche. Los mapuches, al igual que otras sociedades indígenas, son un pueblo de memoriosos.

El *Nutram* es un relato oral, transmitido de generación en generación mapuche. El devenir de la familia, las líneas de parentesco, se cuentan en un *nutram*, las luchas y dichas de la comunidad se guardan y rememoran en un *nutram*, el propio relato de las aventuras y desventuras por el mundo de cada mapuche, se guardan en un *nutram*. En palabras de Lorena Cañuqueo, el *nutram* es un género discursivo mapuche, constitutivo y constituyente de la vida social mapuche.⁴

Nutram los hay sencillos y los hay solemnes, como el *weupin*, el discurso excelso, arte que solo algunos –los *weupife*– pueden enunciar con autoridad y en ocasiones rituales, en donde se trasmite el conocimiento del pasado en lengua de la tierra –*mapudungun*– y aquello que algunos denominan los marcos de la memoria colectiva. *Weupin* enunciados en las mismas ceremonias en donde el ritual del *nguillatun* recuerda la comunión de los linajes con la tierra y los ancestros, donde el *ül*, el canto mapuche, canta con la tierra, en donde el *purrún*, la danza mapuche, gira con la tierra.

² In our opinion, this twofold recognition and reparation dimension expresses a different mainstream political-philosophical discussion referred to by authors such as Fraser and Honneth in *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Verso, London, 2003.

³ Mapuche word for: narrative, story, conversation, speech, word

⁴ Cañuqueo, Lorena “El territorio mapuche desde la perspectiva del *Ngutram*”, en *Asuntos Indígenas* N° 4-2004, IWGIA, Copenhagen.

TIEMPO DE LA MEMORIA Y ACTUALIDAD DE LOS GENOCIDIOS ANTIGUOS

El acervo y transmisión de la memoria, no es algo nuevo para los pueblos sometidos a estatus de indígenas. La memoria ha sido una clave identitaria, de resistencia y diferencia, de resguardo de derechos, y de producción de sentido de la presencia en el mundo, durante siglos.

Para los pueblos indígenas la pérdida de la memoria colectiva es la pérdida de su identidad, y al mismo tiempo dejar de existir en tanto pueblos diferentes. Como plantea Heller, “la presencia o la ausencia, la vida o la decadencia de un pueblo no depende de la supervivencia biológica de un grupo étnico, sino de la supervivencia de la memoria compartida”.⁵ Por otra lado, la pérdida de la memoria puede implicar la pérdida de sus derechos sobre sus territorios ancestrales, o, por la inversa, sus derechos encuentran sus antecedentes y su continuidad, sus “títulos”, en la memoria colectiva.

Esta centralidad y cotidianeidad de la memoria para los indígenas plantea, hoy por hoy, un matiz de diferencia respecto a lo que, en distintos lugares, autores y países, se ha denominado con cierta sorpresa como “el tiempo de la memoria”, como una preocupación central de la cultura y de la política, fenómeno que se postula como emergente y contemporáneo.⁶ Para los indígenas tal centralidad del pasado y de la memoria no constituye novedad.

Sin embargo, estos tiempos de la memoria y el derecho a la reparación han abierto a los indígenas, para hacer valer su propia memoria y derechos ante las sociedades y estados que los oprimen. Tiempos del *tropos* del holocausto y el genocidio,⁷ que visibiliza los otros genocidios, los fundantes de la modernidad.

En múltiples países se ha puesto la memoria colectiva al centro de los debates del pasado reciente de dictaduras y guerras, abriéndose el debate sobre el derecho a la memoria, y el derecho a la reparación. Son periodos, cual más cual menos, refundacionales de los imaginarios colectivos nacionales. Y en todos los casos se da un contrapunto entre la pluralidad de memorias y la fabricación oficial de relatos históricos unívocos.

En el caso de países de América Latina, los períodos de dictadura implicaron sendas crisis de los relatos y proyectos nacionales decimonónicos. En las transiciones el debate de sobre las memorias colectivas, se abrió una ventana de oportunidad para que emergieran la pluralidad de memorias, y la pluralidad de pueblos. Cuanto más profunda fue la crisis de esas naciones inventadas, cuanto más profundo su cuestionamiento y desconstrucción, más se ha centrado la disputa en la(s) memoria(s), y allí se abren espacios para reconocer la existencia de otros pueblos y sus otras memorias.

Sin embargo, conciente o inconcientemente, las elites intelectuales de estos países en transición, han delimitado el debate y hablan de “la” memoria, como si se tratara de una sola comunidad nacional y una sola memoria. El sutil blindaje de la

⁵ Heller, Agnes “Memoria cultural, identidad y sociedad civil”, en *In-Daga Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanas* N° 1, Tenerife, 2003.

⁶ Huyssen, Andreas *En busca del futuro perdido. Cultura y memoria en tiempos de globalización*. Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

⁷ *Ibíd.*

“memoria única” no es casual. Se trata de sociedades fracturadas, con sus imaginarios nacionales inventados hechos trizas, en que sus elites anteponen al derecho a la reparación que exigen las víctimas el imperativo instrumental de la reconciliación, y enfrentados a la tarea de reconstruir sus sentidos de comunidad, se empeñan en subordinar el derecho a las memorias a la producción de nuevas narrativas oficiales que reemplacen a las ya deslegitimadas.

En esas coyunturas, en algunos casos las voces indígenas han encontrado un hueco y audiencia para presentar su memorial de atropellos y violaciones presentes y pasadas a sus derechos y libertades, y el memorial de sus reconstrucciones y resistencias. Atropellos y negación de la condición humana cometidos por esas mismas sociedades que a finales del siglo XX e inicios del XXI se miran a si mismas espantadas y se hacen la pregunta elemental ¿cómo llegamos a esto, a estos genocidios y estos crímenes presentes contra sus propios connacionales blancos? Y quienes se preguntaron más seriamente por el origen, se encontraron con el genocidio fundante. Como lo dijeron las Madres de la Plaza de Mayo al reflexionar sobre la violencia en Argentina: “los primeros desaparecidos no habían sido sus hijos y nietos, sino los pueblos indígenas”.⁸ Ese genocidio fundacional de la república y el poder, y la consiguiente cultura de olvido e impunidad, explica en buena medida la barbarie del pasado inmediato, la banalidad del mal, y sus actuales impunidades, que los criollos ahora sufren en carne propia.

Sin embargo, ¿cuánto avanzaron las sociedades y Comisiones de Argentina, Chile, Sudáfrica, Perú, Guatemala, en abrirse a la memoria de los pueblos indígenas? ¿Cuánto se ha avanzado en asumir ese pasado antiguo de violaciones y atropellos? Muy poco. Los indígenas quedaron subsumidos como “compatriotas”, iguales ante la ley y el mal; invisibilizados en una estrecha definición de derechos humanos individuales, de primera generación, y acotados los tiempos de la verdad histórica al pasado inmediato.

No es necesario investigar mucho para comprobar que, en general, han primado las razones de estado, la realpolitik. Porque ahondar, ir a las raíces, resultaba riesgoso para el proyecto de las elites de reinventar sus respectivos proyectos de “unidad nacional”.

Con todo, el debate del derecho a la memoria, la justicia histórica, y el derecho a la reparación avanzó a escala mundial y, efectivamente, constituye una preocupación central de la cultura y de la política.

MEMORIA INDIGENA, DERECHOS INDIGENAS SOBRE SUS TIERRAS Y RESTITUCION.

Como es sabido, hoy en el derecho internacional contemporáneo, la violación de un derecho humano le concede a la(s) víctima(s) el derecho a reparación. Y no es una mera coincidencia que uno de los estudios claves del derecho a reparación de las

⁸ Testimonio que recogió Alison Brysk mientras realizaba una investigación sobre la política de derechos humanos en Argentina (Brisk 1994) y que le alentó a realizar un estudio sobre los derechos indígenas en América Latina *From Tribal Village to Global Village. Indian Right and International Relations in Latin America*, Stanford, 2000, p.ix

victimias de violaciones a los derechos humanos, contenga una referencia específica al caso de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos.⁹

"Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo" decía Wittgenstein-, y los lenguajes de la memoria y el derecho a la reparación también ampliaron y con ello se ensancharon los marcos de lo posible y lo audible, política y jurídicamente. Y allí, las voces indígenas, su memorial de agravios, encontraron auditorios y diversos puntos de empatía y diálogo, en medio de un debate de corriente principal. Y en esa corriente, los pueblos indígenas se apropiaron de esos desarrollos doctrinarios y discursivos respecto al derecho a la reparación, e hicieron sus propios aportes.

La finalidad de la reparación, nos dice la doctrina contemporánea, es aliviar el sufrimiento de las víctimas, hacer, en cierto modo, justicia "mediante la eliminación o corrección, en lo posible, de las consecuencias de los actos ilícitos y la adopción de medidas preventivas y disuasorias respecto de las violaciones".¹⁰ En el caso de los pueblos indígenas, tal propósito de reparación tiene aspectos colectivos. Como señala Van Boven "Esta coincidencia de aspectos individuales y colectivos es particularmente patente en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En este contexto es necesario, por lo tanto que, además de los medios de obtener reparación de que disponen los individuos, se adopten medidas adecuadas para que los grupos de víctimas o las comunidades que son víctimas tengan derecho a presentar reclamaciones colectivas por los daños y perjuicios sufridos y a recibir la correspondiente reparación colectiva".¹¹

Esas reclamaciones colectivas de los pueblos indígenas de una justicia histórica, tiene una doble dimensión, de reconocimiento y reparación¹². Reconocimiento de su preexistencia como pueblos y de sus derechos, reconocimiento de una historia de atropellos y del memorial de agravios, y de las obligaciones de reparación. Reparación que tiene como una de sus exigencias centrales la restitución de sus territorios

⁹ *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y libertades fundamentales. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial.* UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8

¹⁰ Ibid. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la "La reparación de los daños causados por efectos de la violación de una obligación internacional consiste en la restitución íntegra (*restitutio integrum*), que incluye la restauración de la situación que existía antes. . ." y la compensación u otras formas de indemnización por los daños materiales e inmateriales. Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Daños Compensatorios. Fallo del 21 de Julio, 1989 (Artículo 63(1) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie C No. 7, p. 49, párrafo. 25, citando: Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso de Fábrica en Chorzow, Méritos, Fallo No. 13, 1928, P.C.I.J., Serie A, No 17, p. 29 y; Corte Internacional de Justicia, Reparaciones por daños Sufridos en el Servicio de las Naciones Unidas, Dictamen, I.C.J. Informes 1949, p. 184. Citado por Fergus Mackay "Enfrentándose a los Errores del Pasado. Pueblos Indígenas y Áreas Protegidas: El Derecho a la Restitución de Tierras y Recursos", Forest Peoples, 2002.

¹¹ Op. cit

¹² Esta doble dimensión del reconocimiento y la reparación, es, a nuestro juicio, la expresión de ese otro debate político-filosófico de corriente principal, al que e refieren autores como Fraser y Honneth, en *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Verso, Londres, 2003.

ancestrales, esos que están en la memoria y que forman parte de su identidad cultural. Restitución que constituye la precondition de una reconciliación.¹³

Hoy se reconoce en el derecho internacional que existe un vínculo primordial de los pueblos indígenas con sus tierras, y que la reclamación de los derechos sobre las tierras ancestrales es un asunto de principios e irrenunciable para estos pueblos.¹⁴

Como es sabido, en las últimas décadas, fruto de las movilizaciones y abogacía indígena, los derechos propietarios indígenas sobre sus tierras y recursos han alcanzado importantes grados de reconocimiento, tanto en legislaciones nacionales como en el derecho internacional, cristalizándose en un conjunto de principios y estándares jurídicos básicos que dan forma a una “norma internacional del derecho de propiedad indígena sobre las tierras”¹⁵. De acuerdo a la norma internacional, las tierras indígenas se “*consideran como suyas por haberlas detentado sus ancestros*”, o en palabras de Robert Williams Jr., “*los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad sobre las tierras y los recursos naturales basados en sus propios patrones tradicionales y ancestrales de uso y ocupación*”¹⁶. Se trata, de un derecho de propiedad *sui generis*, basado en el derecho consuetudinario indígena, y que tiene un fundamento cultural e histórico y no solo económico; derecho de propiedad caracterizado por ser inalienable, e imprescriptible.¹⁷

Hitos jurídicos de este reconocimiento mundial de los derechos indígenas sobre sus tierras, recursos y territorios¹⁸ han sido:

a) La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1976 en el caso de Sahara occidental, que estableció que la doctrina de *terra nullius* es insostenible y discriminatoria;

b) La sentencia de la Corte Suprema de Australia en el caso Mabo versus Queensland en 1992, reconociendo la vigencia del “título nativo” y desechando la doctrina de *Terra Nullius*;

c) La sentencia de la Corte Suprema de Canadá en el caso *Delgamuukw versus British Columbia.*, en 1997, que reconoció el título indígena a la tierra y la validez de las

¹³ Haunani-Kay Trask, “Restitution as a Precondition of Reconciliation: Native Hawaiians and Indigenous Human Rights”, en *borderlands e-journal*, Vol. I Nº2, 2002; http://www.borderlandsejournal.adelaide.edu.au/vol1no2_2002/trask_restitution.html

¹⁴ Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes, E/CN.4/Sub.2/2000/25, 30 de junio de 2000.

¹⁵ Rodríguez-Pinero, Luis “*El Caso Awas Tingni y la norma internacional de derecho de propiedad indígena*”, en *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Fernando M. Mariño y Daniel J. Oliva, eds., Madrid, Editorial Dykinson, 2004.

¹⁶ Williams, Robert “*Memorial Amicus Curiae, presentado por el CNCAI en el caso de la Comunidad de Awas Tingni. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nº 11.577*”, Universidad de Arizona, 2000.

¹⁷ Anaya, James *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Ed. Trotta. Madrid, 2005. Anaya, J. y R. A. Williams, Jr “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights Over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System” en *Harvard Human. Rights Journal* 33, 2001.

¹⁸ Lam, Maivan Clech “Remembering the country of their birth: indigenous peoples and territoriality”, en *Journal of International Affairs*, vol. 57, no. 2. 2004

tradiciones y memorias orales, así como la pruebas históricas, lingüística y arqueológicas, como evidencia admisible en juicio;¹⁹

d) La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2001, en el caso de la Comunidad Awas Tingni versus Nicaragua, reconociendo la posesiones indígenas como fuente de los derechos de propiedad indígena, y estableciendo el deber positivo de los Estados de reconocer tales derechos, además de indemnizar los perjuicios;²⁰

e) La decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso Richtersveld, de octubre de 2003, reconociendo el derecho de la comunidad a la restitución de las tierras de las cuales habían sido desposeídos en la década de 1920, reclamaciones que habían sido dejadas fuera del mandato de la Comisión de Reconciliación;²¹

f) 2005. Nuevamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias del mes de Junio en el Caso de la Comunidad Moiwana Vs Suriname y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay; y en el 2006 la sentencia a favor de la Comunidad Sawhoyamaya Vs. Paraguay. En estos últimos casos la Corte establece la obligación del estado de expropiar las tierras reclamadas por la comunidad para restituírselas o, en su defecto indemnizar.

En la misma dirección es otro hito judicial del 2004, aún de primera instancia, protagonizado por la comunidad mapuche Ancalao en Río Negro, Argentina. En un juicio de desalojo interpuesto por unos particulares contra la comunidad el Juzgado número 5 en lo Civil, Comercial y de Minería de Bariloche, estableció que “el desalojo es improcedente porque la posesión de los demandados es necesariamente anterior a los títulos de los actores ya que incluso es anterior a la formación misma del Estado que los confirió”, y establece que las comunidades indígenas han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional.²²

En definitiva ha decantado un conjunto de principios centrales, que dar forma a una norma de derecho consuetudinario internacional, que obliga a los estados²³, y viene a reforzar los fundamentos de la exigencia de los indígenas por el cumplimiento del deber de reconocimiento y protección de esos derechos, y el cumplimiento de la obligación de restitución de las tierras usurpadas, o indemnizar y reparar

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sistematizado la doctrina internacional acerca de los derechos de propiedad indígena, postulando que

¹⁹ McNeil, Kent *The post-Delgamuukw nature and content of aboriginal title*, Osgoode Hall Law School, Toronto, Mayo 2000.

²⁰ Felipe Gómez Isa (ed.). *El caso Awas Tingni vs. Nicaragua: Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003

²¹ Alexkor Ltd and the Government of the Republic of South Africa v Richtersveld Community 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (Richtersveld). Para un análisis ver Marcia Barry, “Now Another thing has appen: Richtersveld and the dilemmas of land reform in post-apartheid South Africa”, en *South African Journal on Human Rights*, N°20, 2004.

²² El texto de la sentencia disponible en <http://argentina.indymedia.org/news/2004/08/217500.php> Para una discusión sobre las implicancias jurídicas de la reforma constitucional véase la exposición de Darío Rodríguez en “El planteo político mapuche y sus implicancias jurídicas”, en *Seminario sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, abril, 2004.

²³ Wiessner, Siegfried 1999 “The Rights and Status of Indigenous Peoples: a global perspective and International Legal Analysis”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol 12

“los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

-el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;

-el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y

- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.”²⁴

Tal norma internacional ha caducado las retrógradas doctrinas de la desposesión –tales como las de *terra nullius*, derechos de conquista, dominio eminente de los estados, tierras baldías, etc- que fueron esgrimidas secularmente por los estados y sociedades invasoras para dar una etiqueta jurídica a lo que es vil usurpación.²⁵ En ningún país democrático, y en un mundo pluriétnico, sería posible hoy la defensa y postulado de semejantes doctrinas racistas.

Como señala Pedro García, en un artículo del que hemos hecho paráfrasis en nuestro título, los derechos territoriales indígenas tocan a las puertas del derecho.²⁶

Y en las pruebas de ese derecho *sui generis* a la tierra, se encuentra la memoria indígena. Un asunto que los hitos judiciales ya citados no pudieron eludir: si desconocer modos *sui generis* de ocupar y poseer resulta discriminatorio como señalaron tanto en Australia, Canadá, Sudáfrica y la Corte Interamericana, también sería discriminatorio desconocer o no aceptar la existencia y validez de las pruebas de esos derechos propietarios que pueden exhibir los pueblos indígenas: su memoria colectiva, sus cantos, su poesía, su toponimia, sus tradiciones orales. Son sus “títulos”. Memorias que se caracterizan por ser acumulativas, estables, referidas a territorios concretos.²⁷

²⁴ CIDH *Mary y Carrie Dann*, Caso 11.140 (Estados Unidos), Informe No. 75/02, decisión sobre el fondo de 27 de diciembre de 2002, OEA/Ser./L/V/II.114 Doc. 5 rev. (2003)

²⁵ Para un resumen de las diversas doctrinas de la desposesión, véase el Informe *Los pueblos indígenas y su relación con la tierra: Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*, N° Doc. ONU E/CH.4/Sub.2/2001/25 (11 de junio de 2001).

²⁶ García Hierro, Pedro “Territorios Indígenas: tocando a las puertas del derecho”, en *Revista de Indias* N° 223, 2001.

²⁷ Sobre las culturas orales primarias véase los trabajos de Walter Ong *Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra*, Fondo de Cultura Económica, México 2004. Respecto a las tradiciones orales hay una vasta literatura que va desde el clásico de Jan Vansina *La Tradición Oral*, Labor, Barcelona, 1979, los trabajos del Taller de Historia Oral Andina en Bolivia, a los estudios post sentencia de *Deelwamuukw* en Canadá, como los de Darwin Hanna “Oral Traditions: practical considerations for communities in light of the *Deelwamuukw* Decisión”; John Borrows “Listening for a change: the Courts and oral tradition”. Ambos textos en <http://www.delgamuukw.org>; Brian Thom “Aboriginal Rights and Title in Canada After *Deelwamuukw*: Oral Traditions and Anthropological Evidence in the Courtroom” en *Native Studies Review*. 14(1). Reflexiones que se cruzan con las emprendidas por el grupo hindú de estudios subalternos y que permiten enfrentar con un sí, la pregunta capciosa de Spivak ¿pueden los subalternos hablar?

Es la memoria de las tierras indígenas cantando y tocando a las puertas del derecho.

El derecho a la memoria está íntimamente vinculado a los derechos a las tierras y el territorio, y es un asunto tan de principios como irrenunciable. La memoria es uno de los antecedentes del “justo título” de sus posesiones - incluso el único antecedente con que cuentan algunos pueblos- para reclamar la restitución de las tierras y territorios ancestrales usurpados, ante las sociedades y estados que los han invadido. Al mismo tiempo, las tierras antiguas son “lugares de la memoria” colectiva, cuyo valor excede lo económico, como ocurre con los lugares de la memoria de las más diversas sociedades²⁸. En la medida que se erosiona, se interrumpe, o descuida la memoria y sus instituciones y prácticas, se van a ir perdiendo derechos, solidaridades e identidades. Al mismo tiempo, en la medida que se niega, o directamente, se reprime, silencia, ningunea, coloniza, o interviene esa memoria, se violan los derechos a la identidad, a la tierra, a la supervivencia. La memoria para los indígenas no es solo mera resistencia, y su ejercicio no es sólo un derecho cultural, como puede ser el derecho a hablar la propia lengua y creer en los propios dioses. El derecho a la memoria está íntimamente vinculado al principio de libredeterminación.

En suma, las políticas del reconocimiento, la reconciliación y el derecho a la reparación de los pueblos indígenas, pasan por el reconocimiento del derecho a la memoria indígena. El respeto de la memoria indígena y la restitución son el punto de partida elemental para un dialogo que posibilite un nuevo trato.

LA MEMORIA MAPUCHE DE SUS TIERRAS ANTIGUAS Y LA TRANSICION CHILENA.

¿Qué ha ocurrido con el derecho a la memoria de los pueblos indígenas en las transiciones en América Latina? ¿Ha habido justicias restaurativas en estos casos?

En el presente ensayo solo haremos referencia al caso mapuche, bajo jurisdicción del estado de Chile, y a las políticas de la memoria indígena en la transición democrática. Acotando aún más, nos referiremos solo a la memoria de las tierras, al nutram de las tierras antiguas, a su dramática puesta al centro de la plaza pública.

En la transición democrática chilena, explícitamente el movimiento mapuche instaló como eje de su discurso el planteamiento de la “deuda histórica”, como responsabilidad objetiva del Estado de Chile, revitalizó sus antiguas territorialidades y formas organizacionales, y actualizó el reclamo de la restitución de las tierras ancestrales, junto a la exigencia del reconocimiento de la verdad histórica, como requisito para avanzar a un nuevo trato.

La memoria histórica ha sido un recurso fundamental para el proceso de constitución del movimiento mapuche como actor político, e interpelar a la sociedad y Estado chileno y exigir el reconocimiento y respeto de sus derechos. Con especial vehemencia los mapuches instalaron su memoria de las tierras antiguas en la arena de la política de la transición democrática chilena. En distintos momentos, desde 1990, han

²⁸ Molinero, Carmen “Lugares de memoria y políticas de memoria”, en Felipe Gomez (ed) *El derecho a la memoria*, Alberdania, Bilbao, 2006; Pierre Nora (Dir), *Le Lieux de mémoire*, Gallimard, PARIS 1984.

irrupido las movilizaciones indígenas, reclamando la restitución de sus tierras antiguas, fundando tal reclamo en su derecho consuetudinario, la condición de primeros en el tiempo, y en la memoria colectiva comunitaria de las antiguas posesiones. Memoria oral de un antiguo país mapuche, de muy reciente sometimiento. Un relato de un pueblo autónomo, que suscribió tratados con la Corona española y con las repúblicas²⁹, y que era dueño de vastas extensiones territoriales, invadidas a fines del siglo XIX. Relato que hoy resulta insólito y desconocido por la mayoría de la sociedad no indígena, y que ha sido silenciado en la historiografía oficial y negado por la elite política y académica.

Tal planteamiento mapuche no es distinto al que sostienen todos los pueblos indígenas en el mundo: que las tierras les pertenecen por haberlas detentado sus ancestros, derecho y territorios que se resguarda en la memoria colectiva.

Concientes de las implicancias político-históricas de su planteamiento, responsablemente propusieron la adopción del modelo internacionalmente prestigioso de las Comisiones de Verdad, como instancia de diálogo.³⁰

Lo particular del caso mapuche en Chile, en la transición democrática, es decir, en un periodo y un país en donde se abordó la temática de la memoria, la reparación y la justicia, la memoria mapuche, el reclamo de las tierras antiguas fue objeto de una implacable represión penal y discursiva. ¿Qué ocurrió?

El discurso de la memoria histórica mapuche resultaba doblemente disfuncional. Por un lado desbordaba las políticas nacionales de verdad y reconciliación, que predicaban la reconstrucción de una comunidad nacional, como proyecto de la transición y ahora como proyecto del Bicentenario; la reinención de la Nación, única e indivisible, tal como rezaba el proyecto de reforma constitucional de marzo de 2005, que pretendía reconocer a los pueblos indígenas, y que estos rechazaron.

Por otro lado, la reclamación de las tierras ancestrales, chocaba con la doctrina chilena que establece que los derechos propietarios emanan del Estado, y más grave aún, tal reclamación comportaba la inseguridad jurídica sobre las tierras al sur del río

²⁹ Para un análisis histórico jurídico de los tratados mapuches véase Abelardo Levaggi *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; Claudia Briones y Morita Carrasco *Pacta Sunt Servanda. Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia (Argentina 1742-1878)*, Iwgia, Buenos Aires, 2000; Martínez, Alfonso “*Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*” Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión, junio 1999. 60 p. (E/CN.4/Sub.2/1999/20).

³⁰ *Creación de una Comisión Independiente de "Verdad y Deuda histórica"*. “*Consideramos que como una forma de abordar en el país el pasado de nuestros pueblos y poder establecer los alcances de la ruptura social, cultural y política que hemos vivido, es preciso, poner en funcionamiento una Comisión Independiente compuesta por miembros de nuestras Identidades Mapuche (Lafkenche, Pehuenche, Huilliche, Nagche y Huenteche), dos miembros del gobierno, un jurista internacional, un historiador chileno, un representante de la Iglesia católica, un representante de la O.I.T. y un representante de la Federación Internacional de Derechos Humanos*”. Identidad Lafkenche de Arauco “De la deuda histórica nacional al reconocimiento de nuestros derechos territoriales”, Tirúa, 1999.

Bio Bio, el antiguo territorio mapuche, donde hoy se asientan pujantes industrias forestales.

La movilización mapuche por las tierras antiguas resultó controversial en el nuevo orden democrático, no solo en términos de derechos de propiedad y orden público, sino en términos de orden del discurso oficial. Chocó con una episteme y la imposibilidad intelectual chilena de aceptar la existencia de derechos ancestrales.

En efecto, en la elite chilena, incluida la intelectualidad indigenista, existe una convicción unánime acerca de que los derechos propietarios al sur del río Bio-Bio emanan de actos de autoridad. La peculiar doctrina chilena sostiene que no hay derechos indígenas preexistentes, recurriendo a diversas tesis explicativas, partiendo del axioma de que no existen derechos propietarios sin mediación del Estado.

Las teorías que apoyan a la doctrina chilena son diversas. Para algunos, los mapuches no eran propietarios pues no podían probar el clásico “ánimo de señor y dueño” de la posesión. Para otros, si algún derecho hubo este fue cancelado por el acto soberano de declaración de propiedad fiscal sobre todas las tierras al sur del Bio Bio, atribuyendo a la ley de 1866 portentosos alcances: expropiación, confiscación, etc. Hay quienes postulan que el Estado se hizo propietario por vía de la doctrina de *terra nullius*, lo que se habría concretado ya sea por la creación legal de la provincia de Arauco en 1852, o por la aplicación del artículo 590 del Código Civil de 1855, o la citada ley de 1866. Por último, no faltan quienes afirmen que la propiedad fiscal emana del derecho de conquista, y que los derechos mapuches fueron extinguidos por la fuerza de la historia.

El caso es que, por una u otra vía, sea para lamentarlo o para remacharlo, la doctrina chilena afirma que a partir de algún momento en la segunda mitad del siglo XIX el Estado es, válidamente, el propietario originario de las tierras del territorio incorporado *manu militari*. Por tanto los derechos propietarios -indígenas y no indígenas- se constituyen a partir de diversos actos estatales: radicaciones de indígenas, remates, concesiones, colonias, cesiones, etc.³¹ De esta doctrina fluyen, como corolario lógico, dos planteamientos: a) Que la única pretensión reivindicatoria admisible que pueden plantear los mapuches es sobre tierras que hayan sido tituladas por el Estado, y que perdieron a manos de particulares. Solo en ese caso pueden hablar de “tierras indígenas usurpadas”. Y si alguna responsabilidad cabe al Estado es por omisión, por no haber sido más diligente en impedir esos actos privados de usurpación de tierras tituladas. b) Que si los indios osan poner un pie afuera de ese deslinde de las “tierras indígenas”, no sólo no tienen fundamentos sino que incurren en flagrante delito, amenazan la seguridad jurídica, y subvierten el orden de las cosas.

Para reafirmar la doctrina chilena, en el año 2003 iniciado el siglo XXI, un grupo de personas convocada oficialmente bajo el prestigioso nombre de “*Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*”, después de tres años de deliberaciones acerca de las relaciones entre el Estado y los indígenas, ha venido a reafirmar solemnemente en su recomendación Número 9, que las reclamaciones mapuches valederas y atendibles son

³¹ Esta doctrina fue postulada por José Bengoa a inicios de la transición democrática. Cf. J. Bengoa “Las tierras indígenas en la legislación chilena”, en *Pueblo, Tierra, Desarrollo. Conceptos Fundamentales para una nueva ley indígena*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1992.

solo aquellas que refieren a tierras amparadas en títulos entregados por el Estado,³² puesto que, según sus señorías, la propiedad emana de actos de autoridad (sic).

La Comisión de notables chilenos incurrió en tres graves errores u omisiones. En primer lugar, hizo caso omiso del derecho internacional y los avances normativos y doctrinarios, aplicando para el caso mapuche las singulares teorías domésticas. En segundo lugar, pretende ignorar la evidencia histórica que prueba que la pretendida declaración fiscal nunca ocurrió, por el contrario, la legislación chilena del siglo XIX, de modo sorprendente para la época, reconocía los derechos propietarios basados en la posesión, o para decirlo en palabras del intelectual liberal chileno, José Victorio Lastarria, en 1865: la legislación “*ha reconocido en el indígena no solo la posesión sino el dominio directo del territorio que ocupa de cualquier manera que lo ocupe*”; por cierto, sabemos que el Estado dispuso de las tierras como si fuesen fiscales, pero esos son los hechos, no el derecho.³³ Y, en tercer lugar, y más grave, esta Comisión que se constituyó al calor de los conflictos por tierras mapuches, omitió en su análisis el dato de la realidad que constatará el Tribunal de Temuco: las arraigadas reclamaciones mapuches por sus tierras ancestrales. Más aún, la Comisión omitió pronunciarse sobre las nuevas vulnerabilidades de los derechos territoriales indígenas que conlleva el proceso de modernización neoliberal contemporáneo, y que está a la base del recrudescimiento de las movilizaciones actuales por la defensa de tierras, recursos y territorios.

El problema es que los mapuches, a su respecto, no participan de esas singulares doctrinas chilenas y su historia oficial, y persisten, generación tras generación, en aferrarse a su memoria colectiva y a sus derechos ancestrales. Contumaces, siguen afirmando que las tierras les pertenecen por haberlas detentado sus ancestros. Más aún, se permiten recordarle al Estado sus obligaciones como causahabiente del imperio español, con quien suscribieron acuerdos y parlamentos donde se fijó la frontera del río Bio Bio, tratados que la República desconoció, invadiendo el territorio mapuche; y afirman, que ni aún en condiciones de ocupación territorial, podía el Estado conculcar derechos propietarios y disponer de las tierras a su arbitrio.

En suma, está planteado un desencuentro cognitivo profundo respecto a los “*justos títulos*” al sur del Bio Bio.

En ese contexto, la política indigenista de la transición democrática chilena fue también una política de manipulación y represión de la memoria indígena, un brutal y académico intento de disciplinamiento y legitimación del despojo, a la par de las políticas penales. Ambas en nombre de la gobernabilidad de la transición y la razón de estado.

La negación de la validez de la memoria de las tierras y los derechos ancestrales ha sido explícita. Así, en 1999 la estatal Corporación Nacional de Desarrollo Indígena señalaba en un documento oficial “El populismo de la época propagó la idea de que los límites de la restitución de tierras, que el Estado debía hacer a los pueblos indígenas,

³² Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. “Informe Final”, Santiago, 2003.

³³ Toledo, Víctor “*En segura y perpetua propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX*”. Actas IV Congreso chileno de Antropología, Santiago 2002.

estaban dados hasta donde alcanzara la memoria de los ancianos de las comunidades”.³⁴ Y en el 2003, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato fue especialmente cuidadosa en omitir toda referencia a la memoria mapuche de sus tierras ancestrales.³⁵

La política oficial indigenista respecto a la memoria de las tierras antiguas es un caso paradigmático que recuerda la reflexión de Le Goff acerca de que “la memoria colectiva no es solo una conquista, es un instrumento y una mira de poder. Apoderarse de la memoria y el olvido es una de las máximas preocupaciones de las clases, de los grupos, de los individuos dominantes de las sociedades históricas”.³⁶ Un caso, en fin, que ilustra el desacuerdo entre memoria indígena y el discurso oficial, variante de esa antinomia que plantea Ricoeur entre Memoria e Historia³⁷, y que alcanzó en el caso chileno-mapuche ribetes trágicos.

El caso más audaz de manipulación de la memoria lo constituyó la citada Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato que, necesario es decirlo, no reunió ninguno de los atributos del modelo internacionalmente prestigioso de las Comisiones de Verdad, ni en términos de legitimidad, justicia en transición, dar la voz a las víctimas. Fue una operación simbólica muy chilena, autoritaria, carente de ética del diálogo, condenada al fracaso, por desprolija, irrespetuosa, y soberbia, además de mediocre intelectualmente, que funcionó en paralelo a las políticas represivas. Las consecuencias de esa operación son serias. El Estado al apropiarse de una responsable iniciativa mapuche, y denominar a una simple comisión asesora presidencial con el simbólico nombre de “Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato”, en las circunstancias y condiciones señaladas, dilapidó y fulminó a futuro una instancia homónima para procesos de diálogo y justicia histórica. La culminación de la falta de respeto fue la publicación del cuestionado informe histórico bajo el equívoco nombre de “La memoria olvidada”, para escarnio del derecho a la memoria. El resultado de negar el derecho a la memoria fue profundizar los desencuentros. Como reconoce Bengoa “*el fracaso de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato ha debilitado aun más la institucionalidad interétnica en Chile. No hay, ni parece haber, mecanismos válidos de mediación*”.³⁸

¿Pero de adonde proviene esta política de disciplinamiento de la memoria de las tierras antiguas?

³⁴ CONADI “La Política de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, Temuco, 1999

³⁵ Esta censura del discurso de los derechos ancestrales mapuche es periódicamente repetida por la prensa empresarial, historiadores y juristas reaccionarios. Pero también alcanza también a sectores indigenistas, aliados de los mapuches. Cf. R. Lillo “Los conflictos de tierras de los mapuche en la Región del Bio Bio”, en *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, José Aylwin, editor, Universidad de la Frontera, Temuco, 2005.

³⁶ Le Goff y P. Nora, *Faire de l'histoire*, París, Gallimard, 1974

³⁷ Ricoeur, Paul *La memoria, la historia, el olvido*, Paidós, 2004.

³⁸ Bengoa, J. en *Política y sociedad en Chile. Antiguas y nuevas caras*, Paulo Hidalgo (ed), Catalonia, Santiago, 2005, pág. 140.

EL “CAUTINAZO” Y EL TEMOR A LA MEMORIA MAPUCHE

Al inicio de la transición democrática chilena, en 1989, la elite que asumió el gobierno tenía plena conciencia de que uno de los posibles focos de conflicto social serían las reclamaciones de los mapuches por sus tierras usurpadas y derechos largamente negados. En función de ese conflicto anunciado se diseñaron políticas y se hicieron las ofertas de rigor para encausar las demandas indígenas. El temor frente al estallido de las reclamaciones mapuches ha sido permanente en el establishment chileno. Es el fantasma del “*Cautinazo*”³⁹, aquella masiva movilización mapuche por la recuperación de sus tierras vivido entre 1970-72, y que cambió la política y la agencia histórica mapuche contemporánea.

El *Cautinazo* es, en efecto, un hito en la historia mapuche post sometimiento. Más allá de la fechas de 70-73, (para algunas zonas el hito es anterior) lo crucial es el punto de inflexión en la historia de la relación de los mapuches con el Estado y la sociedad chilena y su constitución como sujeto político. El *Cautinazo* reafirmó la centralidad de la memoria como política y agencia. Si bien el proceso de recuperación de las tierras ancestrales quedó trunco en septiembre de 1973, el quiebre simbólico del arreducciónamiento mapuche paso a ser irreversible. La historia y memoria de cada comunidad y del movimiento mapuche, tiene un antes y un después de ese momento emblemático. Solo con ese dato en mente, ese marco de la memoria colectiva, es posible comprender el temprano resurgir de la movilización mapuche bajo dictadura, que ya en 1978 emerge con un claro discurso de derechos como pueblo y recuperación de todas las tierras.

En 1988, José Bengoa explicaba el estallido del “*Cautinazo*” del siguiente modo: “la conjunción de dos elementos, como son: el activismo extraparlamentario⁴⁰, (...), [y] cierta permisividad, un reblandecimiento de los aparatos represivos del Estado, una inhibición de la fuerza pública, un momento de paralogización de los terratenientes etc. Esa conjunción permitió que en el plazo de un mes los mapuches se tomaran alrededor de 300.000 hectáreas” (...) Es decir, que en esta conjunción de activistas y permisividad estatal, salieron a relucir las querellas, los antiguos conflictos que allí existían. De este modo, la falta de política del Estado frente a este sector puede traer como consecuencia estallidos de esta naturaleza.”⁴¹

Así, el fantasma de las tomas - y en última instancia el pavor ante indio alzado que radica en el inconciente de la elite⁴² ha inspirado en buena medida las políticas

³⁹ “Cautín” es el nombre de la provincia chilena donde ocurrieron las acciones de recuperación de tierras más espectaculares en 1970. De allí surgió la denominación popular para aquel episodio histórico.

⁴⁰ Bengoa se refiere al hecho de que en el arranque del “*Cautinazo*” incidió la actividad de agitación de estudiantes universitarios de Concepción vinculados al Movimiento de Izquierda revolucionaria, MIR, cuya expresión rural pasó a ser el Movimiento Campesino Revolucionario. Sin embargo, más tarde colisionan de modo tragicómico la ideología y fantasías de izquierda, con la lógica mapuche respecto a las tierras ancestrales. Cómico por cuanto los mapuches serán acusados de “indios pequeñoburgueses” por resistir el compartir sus tierras con los campesinos chilenos. Trágico, pues tras el golpe de estado, los mapuches serán duramente castigados como “indios revolucionarios”.

⁴¹ Foerster, Rolf, “*Entrevista a José Bengoa en torno al Plebiscito*”, NUTRAM ; nº 4, Santiago, 1988 (el subrayado es nuestro V.T).

⁴² Ver R. Foerster “Terror y temblor frente al indio-Roto” en Revista de crítica cultural, Santiago. No.3, Año 2, 1991.

estatales de la coalición gobernante desde 1990 hacia los indígenas. Más que un asunto de justicia histórica, la política indígena de la transición se ha planteado como un asunto de gobernabilidad, para conjurar conflictos sociales. Una vez desatados éstos, se ha optado por la vía penal.

PENALIZACION DE LA PROTESTA SOCIAL MAPUCHE

La escalada represiva se inició en 1992 aplicando primero la ley penal común contra las acciones del Consejo de Todas Las Tierras, prosiguió en 1997 con aplicación de la ley de seguridad interior del Estado contra comuneros que reclaman sus tierras y espacios ocupados por empresas forestales, hasta llegar en el 2002 a la aplicación de la ley antiterrorista.

Para encontrar un símil histórico a la masiva penalización de las reclamaciones mapuches ocurrida en la transición democrática 1990-2004, es necesario remontarse a fines del siglo XIX, cuando los expedientes judiciales hablaban de “forajidos”, “salvajes” y “bandoleros araucanos”. Esos “salvajes”, eran los abuelos de los comuneros de hoy. En aquel entonces 1866-1927, los antiguos defendían sus posesiones ancestrales, en medio de una ocupación militar, el remate de las tierras en pública subasta, y el arreduccionamiento. La memoria de las tierras antiguas perduró en las reducciones, y alentó a otra generación entre 1963-1973, a recuperar masivamente las tierras usurpadas. Eran los padres de los comuneros de hoy, los que después del golpe de Estado, fueron acusados de usurpadores y subversivos. Entonces no hubo mayores juicios, sino ejecuciones sumarias,⁴³ acciones de escarmiento y la pérdida, nuevamente, de las tierras que habían sido recuperadas. Con el presente, suman tres ciclos históricos que configuran la matriz de los conflictos de tierras mapuches y se constituyen en marcos de la memoria. Se trata en cada caso (1866-1927; 1963-1973; 1979-2004) de periodos de intensas transformaciones del país que impactan en los derechos territoriales y propietarios mapuches.

Con el paso de los años, en torno a lo que oficialmente se estigmatiza como “el conflicto mapuche”, se ha conformado una práctica sistemática de violación de derechos humanos de los indígenas, con faltas al debido proceso, “excesos policiales”, y francas aberraciones judiciales. “Indebido proceso”, lo denominó Human Right Watch en un completo y crudo informe de octubre de 2004.⁴⁴ Algunos casos han llegado a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵, y sobre el asunto se han pronunciado en el 2003 el Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas⁴⁶, y el Comité de Derechos

⁴³ Duran, Teresa, Perez, Pau; Bacic, R. Muerte y Desaparición Forzada en la Araucanía: Una Aproximación Étnica. Efectos psicosociales e interpretación sociocultural de la represión política vivida por los familiares de detenidos-desaparecidos y ejecutados mapuches y no-mapuches. IX Región. Chile. (1973-90). Universidad católica de Temuco, 1998.

⁴⁴ Human Right Watch “Indebido proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile”, octubre 2004 Vol. 16, No. 5(B)

⁴⁵ Informe N° 9/02 Petición 11.856 Aucán Huilcaman y Otros / Chile; Informe N° 30/04, Petición 4617/02, Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras/ Chile.

⁴⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. Misión a Chile. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.

Económicos y Sociales de la ONU en su Informe de Diciembre de 2004, de recomendaciones al estado de Chile, ha manifestado que

“14. El Comité está profundamente preocupado por la aplicación de leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (N° 12927) y la Ley antiterrorista (N° 18314), en el contexto de las actuales tensiones por las tierras ancestrales en las zonas mapuches.”

“34. El Comité recomienda al Estado Parte que no aplique leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (N° 12927) y la Ley antiterrorista (N° 18314), a actos relacionados con la lucha social por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas” .⁴⁷

Esa presión internacional del sistema de derechos humanos, y la contumaz defensa mapuche de sus tierras y memoria ha logrado contener las políticas represivas en cierto grado.

LA MEMORIA INVENCIBLE

En noviembre de 2004 el Tribunal Penal de la ciudad de Temuco, Chile, dictó sentencia de primera instancia en un proceso a comuneros mapuches acusados por el Ministerio Público y el Gobierno de Chile de cargos de “asociación ilícita terrorista” por sus acciones reivindicativas de tierras; el Tribunal absolvió a los imputados de tan graves cargos en una sentencia que reviste interés general, más allá de las directas implicancias para los imputados.

El tribunal de Temuco tomó en consideración, aunque muy escuetamente, por vez primera en el discurso judicial chileno, el contexto social, histórico e internacional en el cual se ubican los hechos del proceso. Asimismo, el tribunal tuvo presente que el propio Estado estableció en su Ley 19.253 que “la tierra es el fundamento de la identidad indígena”. Y, en un considerando notable, el Tribunal sostiene que

*Respecto de los acusados **Pascual Pichún y Aniceto Norín**, todos los antecedentes coinciden en que ostentan la calidad de “logko” de sus respectivos “lof”, es decir, son dirigentes, son la autoridad dentro de esa unidad conocida como “lof” en la organización socio-política de la sociedad mapuche y que en el concepto español se le identifica como comunidad. De allí que la finalidad última de la conducta de estos acusados al frente de su agrupación aparece como orientada a la recuperación de las tierras que consideran como suyas por haberlas detentado sus ancestros, descartándose a su respecto un afán terrorista en su accionar.⁴⁸*

El tribunal constata que la finalidad última de las acciones reivindicativas de las comunidades indígenas y sus autoridades tradicionales no es el “terrorismo”, sino, simplemente, recuperar sus tierras ancestrales. Tal consideración puede parecer elemental, y una aplicación básica de principios de no discriminación y debido proceso, de tener en cuenta la intencionalidad, según el etnoconcepto -“a su respecto”- de los sujetos indígenas que protagonizan los hechos sometidos a juicio. Lo notable radica en que por primera vez un tribunal chileno señala como un hecho de la causa, de suyo

⁴⁷ “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Chile” E/C.12/1/Add.105, 1° de diciembre de 2004.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 9 de noviembre, 2004, R.U.C 0200142499-0; R.I.T. 080/2004.

evidente, algo universalmente obvio: *que los indígenas consideran suyas las tierras por haberlas detentado sus ancestros.*

Esa verdad tan sencilla, ha tomado más de un siglo en ser admitida en Chile a un costo y esfuerzo mapuche inenarrable.

El Tribunal no fue más allá respecto a si las pretensiones mapuches tienen asidero en el ordenamiento jurídico, o si existen derechos propietarios ancestrales. Eso implicaría ir al fondo de la cuestión indígena. Simplemente constató que los mapuches están profundamente convencidos de que las tierras les pertenecen por haberlas detentado sus ancestros, y que es su deber recuperarlas. En cierto modo, la interpretación de los jueces de la conducta mapuche la asimila a ese peculiar eximente penal que es el “error invencible”.⁴⁹ En el contexto chileno, incluso eso, es un paso notable.

Pasará mucho tiempo antes de que la los magistrados y la elite chilena, venzan su propio error, encaren el pasado, y sean capaces de pronunciar las palabras del Presidente de la Suprema Corte de Australia al terminar de leer la sentencia del caso Mabo, en 1992: “*Enfrentémoslo, las tierras indígenas les fueron usurpadas*”.

Solo entonces, después de asumir verdades históricas elementales, y el derecho a la memoria indígena es posible abrir paso a políticas de reconciliación, reparación y nuevo trato en sociedades pluriétnicas.

Y allí estará la *memoria invencible* de las tierras antiguas, con sus cantos y tambores, entrando por las puertas del derecho.

⁴⁹ El 6 de abril de 2005, la Corte suprema de Chile anuló el juicio, aduciendo aspectos procesales, dejando sin efecto la sentencia. En los meses de junio y julio de 2005 se realizó un nuevo juicio, en donde nuevamente fueron absueltos los comuneros mapuches.