

INFORME ANUAL 2010

SITUACIÓN DE LOS
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE

PUEBLOS INDÍGENAS

La entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, representa uno de los hechos más significativos en la consagración y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

La implementación efectiva de este instrumento requiere del esfuerzo del Estado para armonizar la legislación interna de manera dar cumplimiento a todos los derechos reconocidos en el Convenio, entre ellos los de participación, consulta, derecho a tierras y territorios, recursos naturales y derecho al desarrollo.

Existen decisiones contradictorias por parte del Poder Judicial, fundamentalmente en relación al derecho a la consulta y

participación de los pueblos indígenas, a pesar que el Tribunal Constitucional definió como normas autoejecutables del Convenio, es decir, disposiciones de carácter vinculante que surten plenos efectos jurídicos desde el momento de la vigencia del Tratado.

El desafío expuesto adquiere mayor relevancia en circunstancias que se ha aplicado legislación excepcional, como las referidas a la Justicia Militar y la Ley Antiterrorista, a hechos vinculados a las movilizaciones sociales, particularmente del pueblo mapuche, con ocasión de demandas y reivindicaciones territoriales y políticas de reconocimiento.

I. PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS

1. EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT Y LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha consolidado el reconocimiento de la dignidad de la persona en tanto individuo y como titular de una identidad y pertenencia a determinados colectivos o grupos sociales. En esta perspectiva, la comunidad internacional ha realizado esfuerzos para abordar la especificidad de la identidad de las personas, en la promoción y protección de sus derechos⁶⁸. Para el caso de los pueblos indígenas, esta evolución se inscribe en la protección de la diversidad y la prohibición de la discriminación, y también en la constatación de una historia de marginalidad social, política, económica y cultural que transgrede los derechos colectivos, las formas tradicionales de vida, la preservación de la identidad y la existencia en tanto pueblos.

68 Convenio N° 107 de la OIT, primer instrumento internacional vinculante, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes (1957); continúa con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1967); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); y la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990).

En el Convenio N° 169 de la OIT⁶⁹, “por primera vez a nivel internacional, se utilizó el concepto de población indígena como colectividad, y se estableció que los miembros de las poblaciones tienen derecho a la igualdad como cualquier otro ciudadano”⁷⁰. El sujeto de derecho es definido “en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de autoidentificación”⁷¹.

El ex Relator Especial de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, en relación al proceso de construcción y adopción del Convenio explica que “(...) se fue perfilando la perspectiva que si bien los indígenas como individuos tiene todos los derechos humanos individuales ya garantizados a nivel internacional (y en la mayoría de las legislaciones nacionales), estos no pueden ser plenamente disfrutados si no son reconocidos los pueblos indígenas como entes colectivos con identidad propia y con

69 Convenio sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989, en la 76 sesión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–. Entrada en vigor internacional el 5 de septiembre de 1991. Decreto Promulgatorio N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

70 Gómez (2006, p. 135).

71 *Ibidem*, p 136.



derechos colectivos que históricamente les habían negado”⁷². Agrega el actual Relator Especial James Anaya que “estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales, el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres (...) el Convenio realiza una substancial innovación en el derecho internacional de los derechos humanos, el cual ha sido articulado de otra manera en los Instrumentos internacionales escritos, en términos de derechos individuales, de manera casi exclusiva”⁷³.

En el Convenio se estipulan un conjunto de derechos en la mira de preservar, proteger y garantizar el respeto a su identidad como pueblos, lo que incluye sus costumbres, tradiciones e instituciones, y la plena efectividad de los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, sin discriminación de ninguna especie, lo que exige por parte de los Estados el despliegue de acciones coordinadas y sistemáticas para asegurar la implementación de todos los derechos contemplados en el Convenio N° 169 de la OIT (artículos 1, 2, 3 y 4).

El establecimiento de mecanismos institucionalizados que permitan garantizar la participación efectiva en la toma de decisiones, en todos aquellos asuntos que incidan o puedan afectar sus derechos o intereses, es un derecho establecido en el Convenio. El Estado, frente a toda medida de carácter administrativo o legislativo susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, deberá realizar previa consulta y participación, de buena fe, mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, con el fin de lograr un acuerdo o consentimiento (artículos 6 y 7). El derecho a la consulta y la participación deberá garantizarse respecto de ciertas áreas especialmente sensibles, entre las que se encuentran las concesiones de prospección o explotación de los recursos del subsuelo de los territorios indígenas (artículo 15.2); la enajenación de las tierras de los pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17); la reubicación, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento

de causa (artículo 16); la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22) y las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma (artículo 28).

La protección de las instituciones tradicionales incluye que la aplicación de la legislación nacional respete las normas fundadas en la costumbre de los pueblos indígenas, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos humanos reconocidos en la legislación nacional o internacional y, en el orden penal, tener en cuenta el valor de dar “preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (artículos 8, 9 y 10).

Sobre tierras y territorios, el Convenio hace un especial llamado a que los gobiernos respeten “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13). Se establece la obligación de reconocer el “derecho de propiedad y de posesión sobre tierras que tradicionalmente ocupan” debiéndose tomar las medidas “para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupados por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (artículo 14). Para estos efectos, se deben instituir los marcos jurídicos adecuados para solucionar, oportuna y eficazmente, conflictos generados con ocasión de la reivindicación de tierras y territorios. En la misma línea de protección, se estipula el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, lo que comprende el derecho de estos pueblos a la utilización, administración y conservación de dichos recursos y al de ser indemnizados por cualquier daño ocasionado con motivo de concesiones de explotación de esos recursos naturales (artículo 15). La garantía sobre tierras y territorios se extiende al derecho de transmisión, y a la obligación de impedir que terceros se aprovechen de sus costumbre o el desconocimiento de las leyes para adquirir la propiedad, siendo obligatorio establecer sanciones adecuadas contra “toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas” (artículos 17 y 18).

72 Stavenhagen (2006, p. 26).

73 Anaya, James (2006, p. 33-34).

El Convenio consagra un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales, entre estos, adoptar “disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas” (artículo 28). Es obligación de los Estados institucionalizar las instancias de coordinación y planificación, con recursos económicos apropiados, para asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos en el Convenio.

El 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷⁴ donde queda establecido que estos son titulares y destinatarios de derechos: “los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos” (artículo 1). Los derechos reconocidos en este instrumento constituyen el mínimo obligatorio para garantizar la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas en el mundo (artículo 43), y deben guiar a los Estados en el diseño y aplicación de políticas públicas en estas materias. Asimismo, los Estados deben promover el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración y velar por su eficacia (artículo 42).

94

2. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN RELACIÓN A LA POBLACIÓN INDÍGENA

Diversas instancias internacionales órganos de control, relatorías especiales del sistema de Naciones Unidas y sentencias internacionales, se han pronunciado sobre la situación de los pueblos indígenas y los déficits institucionales que el Estado de Chile presenta en esta materia.

La entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT impone al Estado significativos desafíos, existiendo preocupación de la comunidad internacional por la implementación efectiva de este instrumento y la materialización del deber de consulta y participación a los pueblos indígenas. Dichas observaciones han sido expresadas por el Comité de Dere-

chos Humanos⁷⁵, el Comité de los Derechos del Niño⁷⁶ y el propio Relator Especial⁷⁷. Este último señala que es obligación del Estado “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos” y en materia de institucionalización del mecanismo de consulta indicó la necesidad de llevar a cabo “una consulta sobre la consulta” para determinar el procedimiento estable y definitivo, de conformidad a los estándares internacionales en esta materia⁷⁸.

El Estado de Chile se comprometió a dar efectividad a la aplicación del Convenio N° 169 en consulta con los pueblos indígenas y en “particular asegurar la participación de los pueblos indígenas en la esfera política”⁷⁹, y a “aumentar las consultas con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras en litigio”⁸⁰.

El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido otro aspecto presente en la agenda de derechos humanos referida a Chile. Desde el año 2004 a raíz de los compromisos asumidos por el Estado en el marco de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso Huentao Beroiza y otras Vs Chile)⁸¹ está pendiente dicho reconocimiento. En relación a esta reforma constitucional, la comunidad internacional en el EPU, advierte que el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y la naturaleza multicultural de la nación chilena hasta la fecha no

74 Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

75 CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 19.

76 CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Párrafo 74 e).

77 Derechos humanos y cuestiones indígenas. 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 2003/56 de la Comisión. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003. Adición, párrafo 67.

78 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add, Adición, párrafos 10 y 11 respectivamente.

79 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12° período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009, párrafo 96, N° 66.

80 Ibídem.

81 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 30/04. Solución Amistosa Mercedes Julia Huentao Beroiza y Otras Vs Chile, 11 de marzo de 2004. Caso referido a lo que en ese entonces constituía el Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la empresa ENDESA SA, y el traslado de familias integrantes del pueblo Mapuche Pehuenche del sector Alto Bio-Bio, que ocupaban tierras ancestrales que iban a ser inundadas por el proyecto energético en curso.

ha podido materializarse, y recomendó al Estado “completar el proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas en su Constitución, aplicar las recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y reconocer la contribución de los indígenas a la identidad del pueblo chileno”⁸². El Relator Especial señaló a Chile que “es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas”⁸³. Los plazos y mecanismos deben ser adecuados a la materia objeto de consulta a fin de garantizar la participación lo más amplia posible y de manera informada de los pueblos indígenas. Los órganos de tratado también han formulado recomendaciones en esta dirección; así se pronuncian el Comité de Derechos del Niño⁸⁴ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁸⁵.

El Relator Anaya agregó que la consulta sobre el proyecto de reforma constitucional requiere de un consenso mínimo acerca del procedimiento a utilizar y advierte que: “Sin llegar a un nivel mínimo de aceptación del procedimiento por las partes indígenas, se hace difícil que la consulta que se lleve a cabo sobre la reforma constitucional sea dotada de la suficiente legitimidad”⁸⁶. La Consulta en esta perspectiva, al favorecer un diálogo de buena fe respecto de aquellos asuntos relevantes para los pueblos indígenas no supone un veto o un privilegio, sino una herramienta que contribuye a prevenir conflictos sobre la base de acuerdo consensuado con los pueblos interesados.

En relación al conflicto intercultural, con ocasión de las demandas y reivindicaciones sobre tierras antiguas o ancestrales y el reconocimiento de derechos políticos particularmente del pueblo mapuche, las observaciones y recomendaciones se orientan a la necesidad de revisar la legislación y estatutos especiales, específicamente la competencia de la justicia militar y la Ley Antiterrorista, advirtiénd-

dose que ésta se ha aplicado preferentemente a este sector de la población nacional. Estos motivos de preocupación fueron extensamente representados en el EPU y reiteran aquellas ya expresadas por el Comité de Derechos Humanos⁸⁷, el Comité contra la Tortura⁸⁸, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁹, el Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial⁹⁰, así como del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas⁹¹.

La Justicia Militar ha sido objeto de severos reparos. En efecto, la Corte IDH en su sentencia en el caso Palamara Iribarne Vs. Chile indica el deber de adecuar el derecho interno a los estándares internacionales de derechos humanos⁹²; en razón, a que el Código de Justicia Militar chileno vulnera la garantías del debido proceso, específicamente el derecho a comparecer ante un juez natural, independiente e imparcial⁹³.

Los órganos de tratado en la misma línea han planteado recomendaciones de igual tenor y alcance. En efecto, el año 2007 el Comité de Derechos Humanos presentó observaciones por la excesiva amplitud de la competencia de la judicatura militar recomendando al Estado de Chile “agilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente; verificando que esta ley no contenga ningún precepto que pueda permitir violaciones de los derechos establecidos en el Pacto”⁹⁴. Por su parte el Comité contra la Tortura, en el año 2009, manifestó al Estado su “preocupación por las demoras que retrasan la adopción

82 *Ibidem*, párrafo 58.

83 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 14.

84 CRC/C/CHL/CO/3, Op. Cit., párrafo 73.

85 CERD/C/CHL/CO/15-18, Op. Cit., párrafo 16.

86 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., Apéndice A, párrafo 50.

87 CCPR/C/CHL/CO/5, del 17 abril 2007.

88 CAT/C/CHL/CO/5, del 14 de mayo de 2009.

89 E/C.12/1/Add.105, del 26 de noviembre de 2004.

90 CERD/C/CHL/CO/15-18, del 7 de septiembre de 2009.

91 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit.

92 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párrafos 255 y ss.

93 *Ibidem*, párrafos 124, 125 y 132.

94 CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit. En el 1997 el mismo Comité en relación a las observaciones finales había señalado en relación a Chile que “la jurisdicción amplia de los tribunales militares para conocer de todos los casos relacionados con el enjuiciamiento de personal militar y sus facultades de fallar causas pertenecientes a los tribunales civiles contribuyen a la impunidad de que goza dicho personal y que impide su castigo por violaciones graves a los derechos humanos”. Recomendando a este respecto que se modifique la ley “para limitar la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de personal militar solamente, acusado de delitos de carácter exclusivamente militar”.

definitiva de la reforma del Código de Justicia Militar, que ha recomendado el Comité insistentemente al Estado Parte" y señaló la necesidad de agilizar "el proceso de adopción de la ley que modifica el Código de Justicia Militar, por medio del cual se establecen límites a la competencia material y personal de los tribunales militares (...)"⁹⁵.

El Relator Especial James Anaya señaló en su informe al Estado de Chile que "otro aspecto preocupante de la política penal es la aplicación, especialmente en años pasados, de la Ley Antiterrorista para procesar y condenar a individuos mapuche por delitos cometidos en el contexto de la protesta social. En este sentido, el Relator Especial anterior recomendó que no deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos ("amenaza terrorista", "asociación delictuosa") a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas"⁹⁶.

La protección del derecho a tierras y territorios de los pueblos indígenas, así como la necesidad de avanzar en la titulación, y en el reconocimiento de los derechos ancestrales y en la implementación efectiva de la consulta antes de conceder licencias para la explotación económica de los recursos naturales en tierras indígenas, constituyó otro motivo de preocupación del Grupo de Trabajo en el Examen Periódico Universal. El Comité de Derechos Humanos con anterioridad había señalado que la lentitud en la demarcación de las tierras indígenas ha provocado tensiones sociales, y lamentó "la información de que las "tierras antiguas" continúan en peligro debido a la expansión forestal y megaproyectos de infraestructura y energía", instando al desarrollo de procesos de consulta adecuados⁹⁷.

En síntesis, las principales preocupaciones manifestadas al Estado de Chile dicen relación con (1) la aplicación de leyes y estatutos especiales en contra de integrantes de los pueblos indígenas por ilícitos cometidos con ocasión de la protesta social por demandas de reconocimiento de derechos políticos y reivindicación de tierras y territorios⁹⁸;

(2) la implementación del Convenio N° 169 y la institucionalización del deber de consulta y participación⁹⁹; (3) el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas¹⁰⁰; y, (4) la protección del derecho a tierra y territorios y recursos naturales¹⁰¹.

95 CAT/C/CHL/CO/5, Op. Cit.

96 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 46.

97 CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 19.

98 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafos 46, 47, 48, y 49.

99 *Ibidem*, párrafos 63, 64, 66 y 67.

100 *Ibidem*, párrafos 57, 58 y 59.

101 *Ibidem*, párrafo 64, 65, 66 y 67.

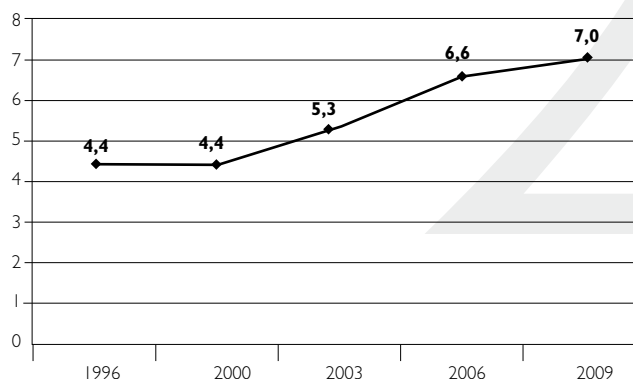
II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Chile conforma una realidad multicultural que no escapa del derrotero histórico de discriminación a la que se han visto expuestos los pueblos indígenas en el mundo, como consecuencia de la colonización y del proceso de construcción del Estado, ambos efectuados sobre la base de someter la identidad política, cultural, religiosa y económica de los pueblos originarios. Como lo señala la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, “los pueblos indígenas sienten su cultura amenazada y se ven asimismo como víctimas de un proceso histórico en el que fueron condenados –a veces con violencia– a la invisibilidad y la exclusión”¹⁰².

La legislación define a los indígenas como los “descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”¹⁰³, y reconoce como principales “etnias”, a los Mapuche, Aymara, Rapa Nui o Pascuenses, Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita¹⁰⁴, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagan¹⁰⁵.

Según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica CASEN del año 2009, la población que se autoidentifica como perteneciente a pueblos indígenas alcanza a 1.188.340 personas, lo que equivale al 7% de la población del país. Un 68,2% de la población indígena vive en áreas urbanas¹⁰⁶.

POBLACIÓN INDÍGENA NACIONAL 1996-2009/
PORCENTAJE (CASEN 2009)



El 85,2% se autoidentifica como perteneciente al pueblo mapuche.

AUTOIDENTIFICACIÓN POBLACIÓN SEGÚN PUEBLO
INDÍGENA 1996-2009 (PORCENTAJE) CASEN 2009

ETNIA	1996	2000	2003	2006	2009
Aymara	14,5	9,6	8,1	7,8	8,1
Rapa Nui	1,2	0,4	0,5	0,2	0,5
Quechua	0,5	2,2	1,5	0,6	1,5
Mapuche	81,0	85,5	87,7	87,2	85,2
Atacameña	1,6	1,0	1,8	2,8	2,6
Coya	0,9	0,7	0,2	0,3	0,5
Kawesqar	0,0	0,6	0,1	0,2	0,2
Yagán	0,2	0,1	0,1	0,1	0,2
Diaguita				0,8	1,3
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

La brecha de inequidad y desigualdad económica que ha afectado a la población indígena ha disminuido en el transcurso de los últimos años. De acuerdo a las cifras oficiales, en 1996 el 35,1% estaba bajo la línea de la pobreza, frente al 22,7% de la población no indígena; para 2009, los índices están en 19,9% y 14,8%, respectivamente. Tendencia similar se observa en la población que subsiste en condiciones de indigencia.

102 Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Primera Edición, octubre de 2008. Santiago, p. 26.

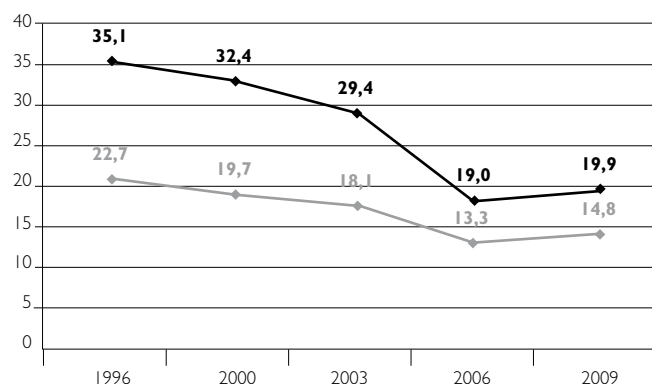
103 Ley Indígena N° 19.253, artículo 1.

104 Mediante Ley N° 20.117 de 8 de septiembre de 2006 se reconoció a la etnia Diaguita.

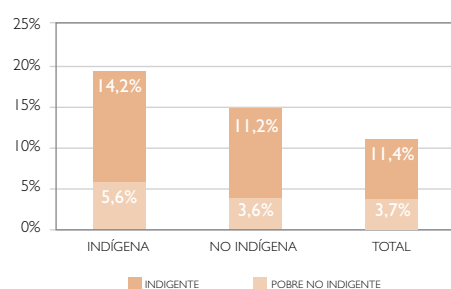
105 Ley Indígena N° 19.253, artículo 1 inciso 2.

106 Memoria presentada por el Gobierno de Chile, en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010, acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, p. 12 y 14. En adelante, Memoria Oficial.

POBREZA POBLACIÓN INDÍGENA Y NO INDÍGENA, CASEN 2009



INDIGENCIA Y POBREZA EN LA POBLACIÓN INDÍGENA Y NO INDÍGENA, 2009 (PORCENTAJE) CASEN 2009



98

Los órganos de tratado, expertos y relatores especiales de Naciones Unidas han valorado los avances del Estado de Chile, entre ellos, la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la suscripción de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; la promulgación de la Ley Indígena N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena Conadi¹⁰⁷; la creación del Fondo para Tierras y Aguas y del Fondo de Desarrollo Indígena, que ha significado conforme a cifras oficiales que “entre 1994 y 2010, un total de 667.457 hectáreas han sido adquiridas, traspasadas o saneadas a personas y comunidades indígenas”¹⁰⁸; la adopción de la Ley N° 20.249 que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios¹⁰⁹; la creación del Programa Orígenes en 2001 que ha

implementado proyectos de desarrollo local en comunidades y organizaciones indígenas con una inversión cercana a US\$ 109 millones en aproximadamente 1.200 comunidades indígenas¹¹⁰.

No obstante lo anterior, persisten serios déficits institucionales, de acceso efectivo a derechos económicos, sociales y culturales —que se expresan en marginalidad y pobreza—, de participación política, y de respeto a los derechos a tierra y territorios. La relación entre el Estado y los pueblos indígenas, en especial con el pueblo mapuche, ha estado marcada por la conflictividad y violencia, situación señalada en el Examen Periódico Universal, en las recomendaciones de los órganos de tratado y de las Relatorías Especiales. Por su parte, las organizaciones de la sociedad civil de defensa de los derechos de los pueblos indígenas e instituciones académicas han denunciado, en el país y ante la comunidad internacional, situaciones y hechos que vulneran los derechos humanos de las personas que pertenecen a estos pueblos.

1. CONSULTA Y PARTICIPACIÓN

En relación a la implementación efectiva del Convenio N° 169 de la OIT y el derecho a consulta y participación que allí se garantizan, el Estado de Chile ante el EPU señaló, entre otros aspectos, que se impulsa una reforma constitucional de reconocimiento que es objeto “de una amplia consulta con las comunidades indígenas”¹¹¹, y que el Convenio N° 169 de la OIT está en proceso de implementación¹¹²: “En el marco de su nueva política indígena Re-conocer, Chile contaba con un plan para la aplicación participativa del Convenio 169, por medio de consultas sobre cuestiones que podían afectar a las comunidades indígenas y de un Código de Conducta Responsable para los inversores públicos y privados. Chile seguiría las recomendaciones formuladas sobre la adopción y el logro

110 Sistema de las Naciones Unidas en Chile. Evaluación Conjunta del País. Santiago, agosto 2010, p. 18.

111 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 10.

112 Ibídem, párrafo 12. Chile indicó que se estaba examinando un texto para reconocer la naturaleza multicultural de la sociedad chilena en la Carta Fundamental del país, así como los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, en particular la protección de sus tierras y sus recursos hídricos, su participación en los procesos de decisión y la promoción de sus culturas y tradiciones. Este importante paso era el resultado de un amplio proceso de consulta nacional con los pueblos indígenas, dado que Chile esperaba incorporar mediante el diálogo las opiniones de toda la sociedad, y en especial de los pueblos indígenas (párrafo 45).

107 Publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1993.

108 Memoria Oficial, Op. Cit., p. 70.

109 Publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2008.

de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, importante instrumento político”¹¹³.

La consulta constituye el procedimiento institucionalizado en virtud del cual el Estado se encuentra en la obligación jurídica de dialogar, de manera previa, informada y de buena fe, a través de sus instituciones representativas, sobre todo asunto de carácter legislativo o administrativo que les puedan afectar, con el objeto de obtener un acuerdo o su consentimiento informado acerca de dichas medidas.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional¹¹⁴, en relación al derecho a la consulta y la participación, estos tienen carácter autoejecutable, ello significa que poseen valor vinculante, incorporándose plenamente sin necesidad de establecer normas de implementación posterior para que produzca plenos efectos jurídicos.

El Relator Especial James Anaya sistematizó los principios internacionales aplicables a la consulta en el marco de lo dispuesto en el Convenio N° 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹¹⁵. La consulta:

- Debe realizarse con carácter previo, a fin de obtener el consentimiento libre e informado.
- No se agota con la mera información, y más bien propone un diálogo efectivo con las instituciones representativas.
- Debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.
- Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas, es decir, tomando en cuenta costumbres y métodos tradicionales, de acceso al mayor número de indígenas y, en plazos que respeten sus procesos de toma de decisión.
- Debe ser sistemática y transparente, con procedimientos más o menos formalizados que sean a su vez resultado de un proceso consensuado con la partici-

pación activa de los pueblos indígenas. En el evento en que el ordenamiento jurídico interno no cuente formalmente con instrumentos de consulta, el Relator indica que “deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena”, que igualmente deben respetar los estándares mínimos a sus fines.

- Su finalidad es lograr un acuerdo o consentimiento con los pueblos indígenas concernidos.

1.1 La Consulta en el ordenamiento jurídico interno y su implementación

El Estado de Chile señala cumplir con el deber de consulta y la participación a través de dos cuerpos normativos: el artículo 34 de la Ley Indígena y el Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación y Cooperación que lo reglamenta¹¹⁶.

El artículo 34 de la Ley Indígena indica que: “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley” y agrega en su inciso segundo que: “Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”. La disposición no cumple con el estándar del Convenio N° 169 dado que limita la consulta y participación a “escuchar y considerar”, y sólo respecto de materias impulsadas por “los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial”.

Por su parte, el Decreto N° 124 regula “la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas” (artículo 1). Se trata de un mecanismo transitorio, que pretende regular el derecho a la consulta.

Los principios enunciados en el Decreto son: la buena fe, entendida como el respeto a los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas interesados; y el de propor-

113 *Ibidem*, párrafo 49.

114 En control de constitucionalidad preventivo, en dos oportunidades se ha pronunciado el TC. Sentencia ROL N°309 de 4 de agosto de 2008 y sentencia Rol N° 1050-08 de 3 de abril de 2008.

115 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit. Apéndice.

116 Adoptado el 25 de septiembre de 2009.

cionar información relevante, aclarar dudas, hacerse cargo de las observaciones “*sea para acogerlas o rechazarlas, y en este último caso hacerlo fundadamente*”; el establecimiento de un procedimiento adecuado, lo que en concepto de la norma significa realizar el proceso de consulta y participación de acuerdo a las circunstancias “*lo que implica considerar la realidad de los pueblos indígenas a ser consultados y utilizar una metodología que permita que todos quienes puedan verse afectados conozcan la posible medida y sus consecuencias y tengan un espacio para emitir sus planteamientos*”; la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas y principio de representatividad, lo que significa realizar el proceso a través de instituciones representativas¹¹⁷.

Los órganos de la administración del Estado que se ven en la obligación de realizar la consulta y la participación –lo que a su vez define las materias susceptibles de ser consultadas– son los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Queda a discrecionalidad de los órganos constitucionalmente autónomos –las municipalidades y las empresas públicas, entre otros– sujetarse o no a las disposiciones del Decreto¹¹⁸.

Para los proyectos de inversión en la tierras o áreas de desarrollo indígena –definidas en la Ley Indígena– el Decreto regula la consulta o participación a lo preceptuado en las respectivas normas sectoriales, siendo facultativo para el órgano de la administración del Estado someterse a este procedimiento y, en este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial¹¹⁹.

Las medidas a ser consultadas son las de carácter administrativo o legislativo, siempre que tengan su origen en los órganos de la Administración del Estado que el propio Decreto delimita. Se entiende por medidas legislativas, las “*ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos*”¹²⁰; las administrativas son las políticas, planes y programas elaborados por los órganos de la Ad-

ministración del Estado, sobre las cuales estos órganos consideren “*pertinente*” consultar.

La pertinencia de iniciar el proceso de consulta o participación queda entregada a la autoridad u organismo de origen de la medida, junto con el Ministerio de Planificación y en coordinación con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia¹²¹. Es decir, el propio órgano que debe asegurar la consulta o participación, discrecionalmente puede omitirlas.

En cuanto a la oportunidad para realizar la consulta, el Decreto establece una diferencia ente medias legislativas y administrativas. En las primeras distingue, a su vez, entre ideas matrices de proyectos de reforma constitucional y proyectos de ley, y normas de carácter reglamentario. Tratándose de proyectos de reforma constitucional o de ley, la consulta podrá realizarse previo al envío al Congreso o durante su tramitación legislativa. Respecto de los reglamentos, la consulta deberá realizarse antes de su promulgación. En ambos casos, siempre que “*la urgencia de la materia así lo permita*”. Para las medidas administrativas, “*la consulta deberá realizarse en forma previa a la aplicación de las nuevas políticas, planes o programas, salvo que, a causa de una emergencia o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano, éste disponga fundadamente lo contrario*”¹²².

Queda entregado al propio órgano de la Administración del Estado “*determinar los instrumentos y modalidades que permitan dar cumplimiento a los objetivos, del proceso de consulta, los contenidos de la propuesta de medida legislativa o administrativa, así como el itinerario, plazos y actividades de dicho proceso*”. El Decreto establece un plazo máximo de 30 días para recibir las observaciones formuladas por las comunidades¹²³.

En la Memoria, el Estado da cuenta de la realización de procedimientos de consulta llevados a cabo hasta el 15 de septiembre de 2010, que se caracterizan por recabar opinión generalmente mediante dos etapas: la primera de carácter

117 *Ibidem*, artículos 10, 11, 12 y 13, respectivamente.

118 *Ibidem*, artículo 4.

119 *Ibidem*, artículo 5.

120 *Ibidem*, artículo 14.

121 *Ibidem*, artículos 16 y 21.

122 *Ibidem*, artículo 15 incisos primero y segundo, respectivamente.

123 *Ibidem*, artículos 17 y 18.

epistolar con pautas de preguntas y, la segunda, mediante diálogos o talleres¹²⁴.

En relación al proceso de “consulta de la consulta”, el Estado informa que ha realizado 14 reuniones en diferentes ciudades de ocho regiones del país, en las denominadas Mesas Indígenas Regionales, para recabar las primeras opiniones sobre el mecanismo de consulta definitivo¹²⁵. Concluido este proceso, se desarrollará la consulta propiamente tal sobre el mecanismo.

Como puede observarse de todo lo expuesto, ni el artículo respectivo de la Ley Indígena, ni el Decreto Supremo 124 satisfacen las obligaciones y principios que sobre derecho a consulta y participación establecen el Convenio N° 169 y la Convención. Por lo demás, lo que se está regulando en el Reglamento es el artículo 34 de la Ley Indígena y no el Convenio N° 169, que es una normativa superior y de un contenido mucho más garantista que la normativa de origen nacional.

El Relator Especial James Anaya, en su Informe sobre los “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional”, efectivamente recomienda que en el evento que en el ordenamiento interno no existan mecanismos y procedimientos formales de consulta y participación, se debe adoptar provisionalmente instrumentos transitorios o adhoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta, ello con sujeción a los principios mínimos aplicables y siempre en consulta a los pueblos indígenas.

En el caso del Decreto Supremo 124, se ha cuestionado que desde el punto formal no se hizo el proceso de consulta previo e informado y que en el fondo no respeta los principios mínimos aplicables a la consulta y la participación.

124 En la Memoria Oficial, Op. Cit., se da cuenta de los siguientes procesos de consulta: Consulta sobre Participación Política en el Parlamento y Consejos Regionales y Creación del Consejo de Pueblos Indígenas; Consulta sobre Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas; Consulta sobre la Creación del Parque Nacional Salar del Huasco; Consulta sobre repatriación de restos indígenas canoeros, encontrados en la Universidad de Zurich, Suiza; Consulta sobre el proyecto de Reforma Constitucional en materia migratoria que modifica el artículo 126 bis sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago de Juan Fernández; Consulta para la salida de un Moai a París ; Consulta Programa de Desarrollo Territorial Indígena; Consulta sobre el procedimiento de consulta; Consulta sobre modificación del límite intercomunal Freire-Padre Las Casas; Consulta para la implementación del diseño curricular bilingüe para el segundo año básico; Consulta sobre modificación legal del Decreto Ley 701.

125 *Ibidem*, p. 30 y 31.

El Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas y las materias a consultar, y los plazos establecidos difícilmente resultan suficientes respecto de la naturaleza y envergadura de las materias puestas a consideración de las comunidades indígenas.

La expresa exclusión de los proyectos de inversión constituye una grave omisión, particularmente porque las principales tensiones con las comunidades indígenas se producen por la expansión de megaproyectos energéticos, mineros, de acuicultura y forestación. Estos quedan sujetos a la consulta ciudadana establecida en la regulación sectorial, y es facultativo para el órgano sectorial que emite la medida adoptar el al procedimiento contemplado en el Decreto Supremo. Así, por ejemplo, los proyectos de inversión con impacto ambiental se someten a la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente cuyo mecanismo de participación ciudadana no se ajusta a los principios internacionalmente reconocidos en materia de consulta y participación indígena.

La sociedad civil, en el Informe Alternativo a la Memoria Oficial del Estado, planteó críticas a la definición de medida administrativa que excluye los llamados “actos administrativos”, esto es, decisiones formales que contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Si se tiene en cuenta que las decisiones de los órganos estatales son las que mayor afectación causan a los pueblos indígenas, se sustrae de consulta a una gran cantidad de medidas que, por ser específicamente “actos”, no caben en la definición de medida administrativa¹²⁶.

1.2. Judicialización del derecho a consulta

La falta de implementación del Convenio N° 169 ha llevado a la judicialización por el incumplimiento de deber de con-

126 Informe Alternativo 2010. “Un ejemplo señero de ello se da, de nuevo, en materia ambiental y de proyectos de inversión. La Resolución de Calificación Ambiental (RCA) es pronunciada por la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) y, como su nombre lo dice, es la que califica ambientalmente una Declaración de Impacto Ambiental o un Estudio de Impacto Ambiental. Siguiendo el razonamiento desarrollado por el Estado, al ser una “resolución” se entiende que es un “acto administrativo” por lo que no constituiría una “medida administrativa” para efectos del art. 14 del Decreto Supremo, y, consecuentemente, no estaría sujeta a la obligación de consulta. Esto hace prácticamente imposible que los proyectos de inversión, quizás el ámbito en que con mayor urgencia se requiera de la consulta a los pueblos indígenas, se vean sometidos a la misma, dejando en esta materia a los indígenas en la misma situación en la que se encontraban antes de la entrada en vigencia del Convenio”. p. 53.

sulta, mediante la interposición de recursos de protección, fundamentalmente motivados por proyectos de inversión en tierras indígenas.

En esta materia, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido contradictoria en el reconocimiento especial de la consulta establecida en el Convenio N° 169. Un ejemplo lo constituye la sentencia que revisó el proyecto del sistema de conducción y descarga al mar de efluentes de la Planta Valdivia de la empresa Celulosa Arauco. En este caso la Corte Suprema señaló que *“el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 26 de la Ley N° 19.300 es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N° 169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente”*¹²⁷.

En contraposición, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt frente al recurso interpuesto por la Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda., por la afectación de tierras reconocidas como indígenas y lugar ceremonial, establece la diferencia entre el mecanismo contemplado en la Ley de evaluación ambiental y la obligación derivada de las disposiciones del Convenio N° 169: *“En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N°s 1 y 2 del Convenio N° 169; tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional, es autoejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta”*¹²⁸. La Corte Suprema, no obstante acoger este recurso, finalmente dispone la eliminación de los considerandos que hacen referencia a la Convenio N° 169 y el derecho a consulta y participación¹²⁹.

127 Corte Suprema Sentencia ROL 4078-2010. Considerando undécimo.

128 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Causa Rol N° 36-2010, 27 de julio de 2010.

129 Corte Suprema Rol N° 5757-2010 de 15 de septiembre de 2010.

2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

En la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso Huenteeo Beroiza y otras Vs Chile, de 11 de marzo de 2004¹³⁰, el Estado adquirió el compromiso de reconocer a los pueblos indígenas a nivel constitucional, debiendo iniciar, para tal efecto, un proceso de diálogo con las organizaciones y comunidades indígenas respecto del contenido de dicha reforma constitucional. A pesar de las iniciativas legislativas, dicho reconocimiento está pendiente, y constituye en este aspecto un incumplimiento de lo voluntariamente consentido en el acuerdo. En el marco de las deliberaciones del EPU, nuevamente el Estado se comprometió a *“completar el proceso de reconocimiento constitucional de las poblaciones indígenas, mediando las debidas consultas mencionadas en la exposición de Chile”*¹³¹.

Actualmente se tramita un proyecto de reforma constitucional que propone¹³², en base a la afirmación del carácter indivisible de la nación chilena, reconocer la multiculturalidad del Estado y la *“existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional”*. Agregando que *“Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”*. La reforma propuesta incluye un alcance en relación al artículo 19 N° 24 (Derecho de propiedad) que *“La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes”*.

La propuesta constituye un avance al explicitar el carácter multicultural del Estado, no obstante, al declarar que los derechos le asisten, no a los pueblos, sino a las comunidades, organizaciones e integrantes de dichos pueblos, desconoce el estándar que a este respecto ha establecido el derecho internacional. En efecto, la discusión en torno al alcance de

130 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 30/04, Op. Cit.

131 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, N° 57.

132 Boletines 5324-07 y 5522-07 refundidos. Al momento de la redacción del presente Informe se encuentran en primer trámite constitucional en el Senado.

la voz “pueblos” ha cruzado a la comunidad internacional la que, con la adopción del Convenio N° 169 y particularmente con la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas reconoció la condición de sujetos de derechos. La Declaración, además, avanza en el reconocimiento de su derecho a la libre determinación¹³³.

Una segunda observación es la ausencia de referencia al derecho internacional como fuente de obligaciones en materia indígena, circunscribiendo e insistiendo en el orden jurídico interno, incluido lo referido al reconocimiento de los derechos sobre tierras ancestrales y el derecho al agua.

El derecho internacional ha establecido normas que reconocen el derecho al agua de pueblos indígenas y tiende a garantizar la gestión ciudadana del recurso en los espacios territoriales que ocupan ancestralmente.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Agenda 21 “Programa de Acción para el Desarrollo sustentable”, adoptada en la Conferencia de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992); la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena (1993) y la Observación N° 15 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en mayor o menor medida sientan las bases jurídicas para asegurar el derecho de las comunidades indígenas sobre las aguas, reconociendo que el recurso agua es un bien social y cultural, instaurando derechos específicos tendientes a garantizar un acceso equitativo al agua¹³⁴.

Asimismo, del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta que los derechos indígenas sobre las aguas poseen una doble dimensión, a saber: derechos preferentes respecto a las aguas existentes en sus territorios ancestrales y que conforman el hábitat necesario para la reproducción de su cultura y la articulación de su propia estrategia de desarrollo. Acceso al agua limpia y a servicios sanitarios que garanticen una vida digna para los pueblos indígenas y sus miembros, lo que se encuentra

ligado al reconocimiento y goce efectivo de sus derechos a las tierras y recursos naturales¹³⁵.

En Chile, la Ley Indígena avanzó en el reconocimiento de los derechos de propiedad ancestral de las comunidades indígenas del norte del país sobre sus aguas, permitiendo su regularización a pesar de la existencia de derechos inscritos a favor de terceros¹³⁶.

Con la propuesta de reforma constitucional, a su vez, se restringe sensiblemente el reconocimiento del derecho a las tierras ancestrales, al dejar entregada su protección lo establecido en la Constitución y las leyes. Sobre tierras ancestrales el artículo 14 N° 1 del Convenio N° 169 es claro en el sentido de que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Por último, es necesario señalar que ha sido motivo de especial preocupación el proceso de consulta sobre la Reforma constitucional. El Relator Especial, a propósito de su visita a Chile, formuló esta inquietud en orden a que “es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas”¹³⁷.

Para tales efectos elaboró un informe sobre los principios mínimos aplicables en materia de consulta, orientado a dicha reforma constitucional, señalando el marco normativo internacional aplicable sobre la materia.

Así, recomienda la celebración de una reunión de expertos nacionales e internacionales, con la participación de agencias internacionales y de los propios pueblos indígenas para abordar la definición del mecanismo de consulta más adecuado¹³⁸.

133 El artículo 3 de la Declaración establece que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

134 Yáñez (2007, p. 313).

135 *Ibidem*, p. 43.

136 El artículo 64 de la Ley Indígena protege especialmente las aguas de las comunidades aymaras y atacameñas y otras del norte del país, estableciendo normas especiales para la constitución del derecho a favor de las comunidades que pertenecen a dichos pueblos. Dispone el art. 64 que serán bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como ríos, canales, acequias y vertientes.

137 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 14.

138 *Ibidem*, Apéndice, párrafo 47.

Dada la naturaleza de la reforma, el alcance nacional y el involucramiento de diversos órganos, gubernamentales y legislativos, se recomienda establecer una instancia “dentro de la administración del Estado responsable de planificar y llevar a cabo esa consulta, así como de compilar y sistematizar los resultados de dicha consulta. Idealmente, dicho punto focal debería ser de carácter técnico, funcionalmente independiente, y contar con la participación de expertos(as) indígenas”¹³⁹.

Afirma también que la consulta sobre el proyecto de reforma constitucional requiere de un consenso mínimo acerca del procedimiento a utilizar y advierte que: “Sin llegar a un nivel mínimo de aceptación del procedimiento por las partes indígenas, se hace difícil que la consulta que se lleve a cabo sobre la reforma constitucional sea dotada de la suficiente legitimidad”¹⁴⁰.

La obligación de la consulta en esta materia alcanza al poder legislativo, recordando que éste carece de mecanismos institucionales de consulta. Al respecto, el Relator Especial recomienda que el “Congreso podría optar por establecer procedimientos especiales de consulta que funcionarían a través de sus comisiones existentes, asegurando la participación efectiva de representantes de organizaciones y pueblos indígenas siguiendo criterios transparentes de selección, de manera complementaria a las consultas que fueran llevadas a cabo con anterioridad por el Gobierno.”¹⁴¹

Para garantizar un proceso lo más amplio posible, el Relator Especial “considera imprescindible que se lleven a cabo consultas de ámbito local o regional a fin de consultar directamente a los pueblos indígenas, a través de sus instancias representativas, en torno al contenido de la forma constitucional (...) considera asimismo que recabar las opiniones de los pueblos indígenas por vías indirectas (como por ejemplo a través del envío de comunicaciones por escrito), aunque puede ser un medio complementario y útil, no es suficiente para un verdadero proceso de diálogo, con miras a llegar a un acuerdo, como establecen las normas internacionales en la materia”¹⁴².

Se plantea que los plazos deben ser adecuados a la materia objeto de consulta con el objeto de garantizar la participación lo más amplia posible y de manera informada.

Todos y cada uno de estos criterios, incluidos los principios mínimos en materia de consulta deben ser tenidos a la vista por los órganos del Estado en el actual proceso de Reforma constitucional en curso.

3. TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

Un esfuerzo en esta materia ha sido la de establecer programas destinados a la adquisición y transferencia de tierras. Sin embargo, como lo señala la comunidad nacional e internacional, subsiste una deuda en cuanto al reconocimiento del derecho a las tierras antiguas o ancestrales y de resguardo a los recursos naturales y la biodiversidad de los hábitats indígenas, generando una tensión entre los proyectos de inversión forestal, minera y energética que compromete sensiblemente dichos espacios y, por lo tanto, las formas de vida de quienes los habitan. La adecuación de la legislación sectorial, la necesidad de implementar mecanismos de participación y consulta, y el reconocimiento y demarcación de tierras indígenas no han encontrado una solución satisfactoria, lo que incide en la persistencia de conflictos sociales con el Estado.

En relación al proceso de restitución de tierras, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Indígena, se crea un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por CONADI. Se establecen allí garantías para la conservación de las mismas a través de la imposición de limitaciones al derecho de dominio, en términos de prohibir enajenarlas, embargarlas, gravarlas y las declara imprescriptibles, salvo que este modo de adquirir el dominio opere entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia y previa autorización de la CONADI.

A su vez el artículo 22 de la Ley Indígena señala que “las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo no podrán ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción.”

Entre 1994 y 2010, un total de 667.457 hectáreas han sido adquiridas, traspasadas o saneadas a personas y comunida-

139 *Ibidem*, párrafo 49.

140 *Ibidem*, párrafo 50.

141 *Ibidem*, párrafo 56.

142 *Ibidem*, párrafo 60.

des indígenas, en aplicación de los diversos mecanismos que establece la Ley Indígena para estos efectos. De acuerdo a la información proporcionada por CONADI, la superficie total de tierras de dominio indígena asciende a 1.161.074,37 ha¹⁴³.

No obstante tales avances, preocupa la inexistencia de otros mecanismos distintos al mercado que permitan la restitución de tierras y territorios. En relación al reconocimiento de tierras antiguas o ancestrales, el marco legal resulta insuficiente para “permitir el ejercicio de los derechos territoriales indígenas”¹⁴⁴. Los problemas detectados por el Relator en su informe respecto de la política de compra de tierras son los siguientes:

1. en muchas ocasiones ha resultado en la fragmentación de los territorios tradicionales de comunidades mapuches y que el Fondo de Tierras ha sido reorientado hacia una práctica de reasentamiento de individuos y comunidades a tierras lejanas de sus territorios tradicionales;
2. ha tendido a favorecer títulos individuales de propiedad y no títulos de propiedad colectiva;
3. ha generado especulación en el mercado de tierras¹⁴⁵.

El gobierno ha anunciado una reestructuración de la política indígena, particularmente de su Fondo de Tierras y Aguas y de la CONADI; hasta la fecha no se conoce el alcance de estas medidas y la forma en que abordan los problemas señalados por el Relator Especial.

En esta dirección se hace indispensable que el Estado garantice algún modo efectivo para la protección del dominio y posesión de las tierras ancestrales. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en relación a la protección del derecho a propiedad de las tierras antiguas por parte de los pueblos indígenas, debe acudirse al Convenio N° 169 de la OIT¹⁴⁶.

En relación a la explotación de recursos naturales, la implementación del Convenio N° 169 de la OIT requiere la

adecuación de las leyes sectoriales, en especial las relacionadas con la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica, la Legislación Minera, el Código de Aguas y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, todas las cuales tienen incidencia directa sobre los recursos naturales en tierras y territorios indígenas. Esta tarea no se ha llevado a cabo integralmente y constituye un desafío pendiente que requiere de la máxima atención por parte del Estado, pues los proyectos de inversión forestal, energéticos y acuícola planeados e implementados hasta la fecha constituyen uno de los principales focos de tensión entre las organizaciones y comunidades indígenas, el Estado y el sector privado¹⁴⁷.

Frente al proceso de restitución de tierras y a la reforma constitucional, así como a todos aquellos asuntos que sean de interés directo de los pueblos indígenas, es materia de preocupación para el Instituto que aún el Estado tenga pendiente la definición del mecanismo de consulta y participación, piedra angular del Convenio 169 de la OIT.

4. JUSTICIA MILITAR Y LEY ANTITERRORISTA

4.1 Justicia militar

El derecho internacional de los derechos humanos, la experiencia comparada, la doctrina y la jurisprudencia advierten el carácter excepcionalísimo de la legislación penal militar y, de existir esta, su limitación a la protección de bienes jurídicos del ámbito estrictamente castrense, cuya afectación sea cometida por militares en el ejercicio de las funciones

143 Memoria de Chile. Op. Cit., p. 70.

144 Informe Alternativo 2010, Op. Cit., p. 11.

145 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 27.

146 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay, sentencia 17 de julio de 2005, párrafos 127 y 130.

147 La sociedad civil en su Informe Alternativo advierte sobre el impacto de la expansión de los megaproyectos que afectan territorios indígenas. Entre estos se mencionan: el proyecto de SN Power, empresa de capitales estatales noruegos, en Liqueñe, Coñaripe y Rupumeica, Región de Los Ríos, para construir cuatro centrales hidroeléctricas que resultarán en la inundación de entre 400 y 1.200 ha; los proyectos de centrales hidroeléctricas impulsados por ENDESA/España y Colbun en la Región del Bío Bío y Región de Los Ríos, afectando tierras ancestrales y actuales de comunidades mapuche; la instalación de plantas químicas de tratamiento de aguas servidas en territorio mapuche, amenazando ambientalmente a las comunidades por vertidos de cloro y otros desechos químicos en ríos y fuentes de agua, en la Región de la Araucanía; y plantas de celulosa (de las empresas CELCO S.A., Celulosa Arauco) que causan la contaminación de cursos de ríos, incluyendo la contaminación del Sitio Ramsar Río Cruces en territorio de comunidades mapuche lafkenche. Durante 2008 CELCO siguió adelante su propuesta para la construcción de un ducto al mar para botar sus desechos contaminantes, lo que afectó a las comunidades lafkenches de Mehuin, Misisipi, Maiquillahue, Chan Chan y Quillahue, en la Región de Los Ríos.

propias e inherentes a esa condición¹⁴⁸. Uno de los principales cuestionamientos a la existencia de la justicia de fuero militar dice relación con la lesión a las garantías de acceso a un juez natural, independiente e imparcial, afectando el derecho al debido proceso¹⁴⁹.

Como respuesta a la movilización impulsada por los comuneros mapuche en huelga de hambre, el 7 de septiembre de 2010 el Gobierno ingresa a trámite legislativo el proyecto de ley mediante el cual se dispone la exclusión de los civiles de la jurisdicción y competencia de los tribunales militares¹⁵⁰. Dicha reforma trasciende el hecho coyuntural de la movilización mapuche, y en este sentido la idea de legislar representa un avance al excluir de su competencia a los civiles cuando estos tienen el carácter de imputados.

a. Independencia, imparcialidad y derecho a un juez natural

La amplitud de la competencia conferida a la justicia penal militar, incluida la de investigar y sancionar delitos comunes perpetrados por militares y de arrastrar a civiles al ámbito de su jurisdicción, lesiona el derecho a comparecer ante un juez natural. Este derecho se encuentra plenamente consagrado en la Constitución y en la ley, y en instrumentos internacionales vinculantes para el Estado.

La imparcialidad del juzgador es garantía fundamental del debido proceso, y supone la existencia de órganos jurisdiccionales que no tengan un interés directo en la controversia sometida a su consideración. La ausencia de interés supone que el órgano y el sujeto procesal no tengan vínculos de

subordinación o dependencia, y en general, de interés de ninguna especie.

La independencia del juez se liga a la autonomía interna y externa del órgano jurisdiccional, esto es, respecto de quienes integran el poder u órgano que imparte justicia y de los poderes del Estado. Con ello se asegura la no injerencia y la absoluta libertad para decidir acerca del litigio sometido a su decisión. La estructura y organización de la justicia militar en Chile compromete la independencia e imparcialidad de los funcionarios encargados de administrar justicia dada la naturaleza jerárquica, de subordinación y dependencia de las estructuras de mando a la que están sometidos los integrantes de esta judicatura de fuero.

El derecho al debido proceso conlleva igualmente que se garantice la publicidad y la bilateralidad de la audiencia —es decir, que las partes cuenten con la posibilidad de exponer sus pretensiones sin restricciones arbitrarias—, y que accedan a recursos judiciales efectivos de impugnación a resoluciones que estiman contrarias a sus derechos.

El proceso penal militar se caracteriza por ser eminentemente inquisitivo, secreto y escrito, y afecta en estas dimensiones no sólo a los civiles sino a todo quien se vea expuesto a una investigación criminal en esta sede, incluidos los propios uniformados. Las funciones de investigar, procesar y acusar recaen en un militar en ejercicio activo (Fiscal Militar) quien determina la existencia del delito y establece presunciones de participación, en un contexto donde los medios de prueba se producen sin mediación del juez encargado finalmente de establecer o exonerar de responsabilidades al imputado. Con ello, el proceso penal militar en Chile violenta el principio de publicidad consagrado en la Convención Americana que señala que el “proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (artículo 8.5). La Corte Interamericana al revisar estos aspectos respecto de Chile estableció que el carácter eminentemente secreto de la etapa de investigación “es contraria al derecho de defensa del imputado, ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual

148 Corte IDH, Caso Palamara, Op. Cit., La Corte ha dicho que “en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (párrafo 124). La Corte estima que la jurisdicción penal militar en Chile no cumple con esta norma (párrafo 132). La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.

149 Ver Andreau-Guzmán (2003) y Mera (2002).

150 Mensaje 257-358 ingresa el 7 de septiembre de 2010 a la Cámara de Diputados. Boletín 7203-02. El proyecto de ley original “Modifica sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones tratándose de delitos contra los miembros de las Policías”. El Ejecutivo mediante indicación de 15 de septiembre de 2010 suprimió este régimen especial de protección.

le impide defenderse adecuadamente, en contravención de lo dispuesto en el artículo 8.2.c)”¹⁵¹.

El derecho a un recurso judicial efectivo supone la existencia de medios de impugnación al que las partes puedan acceder a fin de enmendar, corregir o revertir resoluciones judiciales que eventualmente les afecten. La Corte Interamericana estableció que la jurisdicción penal militar chilena vulnera este derecho “debido a que el Código de Justicia Militar solamente permite que sean apeladas muy pocas de las decisiones que adoptan las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar que afectan derechos fundamentales de los procesados”¹⁵².

b Proyecto de reforma al Código de Justicia Militar

En el Mensaje a propósito de la presentación del proyecto de ley anuncia que su objetivo es introducir modificaciones “en sintonía con los estándares internacionales en la materia”¹⁵³.

El proyecto en sus aspectos esenciales estipula limitar la competencia de la justicia militar de manera que civiles y menores de edad queden bajo el imperio de los tribunales penales ordinarios. Adicionalmente dispone un régimen transitorio a fin que los juicios seguidos ante tribunales militares, en que se persiga la responsabilidad penal de civiles, continuarán su tramitación ante la justicia ordinaria, de conformidad a los procedimientos que corresponda aplicar¹⁵⁴.

El proyecto de ley acordado finalmente en el Congreso Nacional considera los siguientes aspectos:

- Limita la competencia de la justicia militar estableciendo que civiles y menores de edad quedarán bajo el imperio de los tribunales ordinarios con competencia en materia penal (artículo 1).

151 Corte IDH, Caso Palamara, Op. Cit., párrafo 170. La Corte agrega que el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático, y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener intermediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (párrafo 167).

152 *Ibidem*, párrafo 186.

153 Mensaje N° 257-358, Op. Cit., p. 1.

154 El Proyecto se encuentra, al momento de redactarse este Informe, con sentencia favorable de constitucionalidad preventiva. Revisado Boletín Legislativo N° 7203-02.

- En casos de coautoría o coparticipación de civiles y militares en la comisión de ilícitos establecidos en el Código de Justicia Militar, señala que serán competentes para juzgar a los civiles los tribunales ordinarios, y los militares respecto de los uniformados (artículo 2).
- Las contiendas de competencia serán resueltas por la Corte Suprema, sin participación del Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo (artículo 3).
- Para todos los efectos legales se considerarán militares los funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile (artículo 4 N° 1).
- Dispone un régimen transitorio a fin que los juicios seguidos ante tribunales militares, en que se persiga la responsabilidad penal de civiles continúen su tramitación en la justicia ordinaria (artículo 1 transitorio).

La presentación del proyecto es un hecho positivo. No obstante, persisten limitaciones frente a los estándares internacionales que rigen en esta materia.

La única justificación de una justicia militar, de estimarse necesaria, es que la materia sobre la que recae y las personas pesquisadas tengan la calidad de militar. Los/las civiles, en tanto víctimas o imputados/as, no pueden verse arrastrados a este tipo de jurisdicción especial. El proyecto de ley excluye a los/as civiles imputados/as de la competencia de justicia militar, pero mantiene a las víctimas de delito de violencias innecesarias con resultado de lesiones o muerte, perpetrados por uniformados y/o policías sujetos a esta jurisdicción. Con ello se mantiene cerrada la posibilidad de perseguir la responsabilidad criminal en la justicia civil, de todos aquellos uniformados, incluidos funcionarios de la policía de Carabineros, con las consecuentes afectaciones al derecho de las víctimas de comparecer ante un juez natural, independiente e imparcial, y otras garantías al debido proceso. Todos aquellos casos en los que se investigue violencia o abusos policiales en contra de civiles continuarán siendo investigados por las Fiscalías Militares, es decir, mantiene plena vigencia el artículo 330 del Código de Justicia Militar,

El Instituto Nacional de Derechos Humanos, a través de un *amicus curiae*, hizo presente al Tribunal Constitucional sus observaciones a la norma que sólo establece la exclusión de civiles de la esfera de competencia militar, cuando estos

intervengan como imputados. Al respecto el Instituto señala que *“comparte lo indicado por la Excelentísima Corte Suprema en cuanto a que la calidad de civiles y menores no sólo incluye a los que tengan el carácter de imputados, sino también aquellos que tuvieren el carácter de ofendidos o víctimas, lo que para una mayor claridad debiera estar expresamente descrito en la norma”*¹⁵⁵.

En otras palabras, persiste la competencia de la jurisdicción penal militar respecto de funcionarios/as a los que se les impute responsabilidad por hechos constitutivos de detenciones ilegales, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y homicidios. No sólo hay un efecto procesal que daña las garantías del ciudadano/a al debido proceso, sino que hace inaplicable el tipo penal contemplado en el artículo 150 A y siguientes del Código Penal, referido a la aplicación de tormentos por parte de funcionarios públicos, que es el delito que más se acerca a la definición de tortura conforme a los tratados internacionales sobre la materia.

De acuerdo a la información proporcionada por la Secretaría General de Carabineros al INDH¹⁵⁶, entre los años 2006 a febrero de 2010, han ingresado 2.634 causas por el delito de violencias innecesarias y 116 por el delito de detención ilegal en las distintas fiscalías militares del país. La misma fuente indica que 29 carabineros han sido condenados en el período consultado, todos favorecidos con el beneficio de la remisión condicional de la pena, incluido el único condenado por el delito de violencias innecesarias con resultado de muerte, condenado a la pena de 200 días de presidio remitido. Por su parte, 28 funcionarios en servicio activo se encuentran actualmente procesados por los delitos de violencia innecesaria con resultado de muerte o lesiones y detención ilegal.

155 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Rol 1845-2010, fecha 9 de noviembre de 2010, p. 8. La Corte Suprema, por su parte, al informar en relación al proyecto de ley sobre Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Militares, iniciativa de ley propuesta por la administración de la Presidenta Michelle Bachelet, afirmó en el mismo tenor que *“la categórica exclusión de los civiles como sujetos de persecución penal en la judicatura castrense, debe ser recibida con beneplácito –no obstante que debió ser incorporada con mucha anterioridad– toda vez que constituye una modificación requerida con insistencia en las esferas académicas y políticas, y un principio rector, consagrado en los ordenamientos jurídicos que aún mantienen una legislación penal militar”*. Corte Suprema de Justicia Oficio N° 276 de diciembre de 2009, boletín legislativo N° 6739-02.

156 Oficio N° 1194, fecha 8 de noviembre de 2010, Secretaría General de Carabineros, en respuesta al Oficio N° 31 de 29-09-2010.

Si bien la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros establece que la institución policial es de carácter militar¹⁵⁷, esta definición no tiene jerarquía constitucional. La persistencia en mantener a dicho personal en la judicatura de fuero militar se contradice con la intención de restringir la competencia de la justicia militar. El orden público interno no es función militar por lo que no se justifica la existencia de fueros especiales aplicables al cuerpo de policías. En este sentido, el proyecto de Ley en trámite no recoge las recomendaciones formuladas en el EPU y los órganos de tratado, en la perspectiva que el Estado establezca límites a la competencia material y personal de los tribunales militares.

En relación a la competencia de los tribunales ordinarios y los tribunales militares en casos de coautoría o coparticipación en la comisión de ilícitos establecidos en el Código de Justicia Militar, la Corte Suprema señaló que; *“la regulación que se propone, además de consagrar un contexto de desigualdad ante la ley respecto de un mismo hecho que no resulta aceptable, puede eventualmente conducir a situaciones procesales inconvenientes. En tales condiciones, se sugiere que tales casos queden sometidos únicamente a la justicia civil, pues este sistema otorga mayores garantía a los intervinientes”*¹⁵⁸. En el mismo sentido objetó el INDH frente al Tribunal Constitucional¹⁵⁹, y con ello fue coincidente el voto de minoría en la sentencia de constitucionalidad preventiva que dictó el Tribunal: *“nuestro ordenamiento jurídico desconoce la posibilidad de que un mismo hecho punible pueda ser juzgado por dos o más tribunales diferentes de forma simultánea”*; la norma propuesta *“vulnera abiertamente el principio de igualdad consagrado en el art. 19 N° 2°, de la Constitución, pues somete el conocimiento de un mismo hecho a tribunales distintos (...) la norma en cuestión infringe además el debido proceso y afecta claramente el mandato de establecer un procedimiento racional y justo”*¹⁶⁰.

Respecto de las disposiciones transitorias del proyecto de ley referidas a la validez de las pruebas rendidas en los tribu-

157 Ley N° 18.961, artículo 1°.

158 Corte Suprema Oficio N° 152. Informe Proyecto de Ley N° 46-2010, Boletín N° 7.203-02, 8 de octubre de 2010.

159 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Op. Cit., p. 8.

160 Tribunal Constitucional Sentencia ROL 1.845-10, 12 de noviembre de 2010. Voto de minoría sostenido por los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Shnake y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

nales militares para todas aquellas causas que deban traspasarse a la justicia ordinaria, el INDH hizo presente sus reparos por cuanto estima que se violentan normas procesales que indican que no pueden incorporarse al juicio pruebas obtenidas con inobservancia a garantías fundamentales¹⁶¹.

Si bien es cierto que el Mensaje con que se acompaña el proyecto expresamente advierte que se abstendrá de proponer reformas al sistema procesal castrense de naturaleza eminentemente inquisitiva, se debe reiterar que esta reforma sigue constituyendo un desafío pendiente en orden a adecuar la legislación interna a los estándares internacionales de derechos humanos. Igual desafío se impone en relación a revisar los tipos penales militares y su estricta sujeción a los principios de legalidad y tipicidad, evitando la discrecionalidad punitiva en la persecución de dichos ilícitos.

4.2 Ley N° 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad

La huelga de hambre llevada a cabo por los comuneros mapuche durante el año 2010 reinstalaron en el debate público la necesidad de introducir reformas a la Ley N° 18.314¹⁶², que determina conductas terroristas y fija su penalidad. El 12 de septiembre, el Ejecutivo presenta a trámite legislativo un proyecto de ley en tal sentido. En el Mensaje indica que *“los actos terroristas no sólo ponen en peligro la seguridad e integridad de las personas, sino que además socavan las instituciones democráticas y sociales que son esenciales para la conservación y fortalecimiento del Estado de Derecho imperante en nuestro país”*¹⁶³. El 8 de octubre de 2010 se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.467 que introduce modificaciones a la Ley Antiterrorista.

El Estado de Chile a propósito de las preocupaciones y recomendaciones formuladas en el EPU, se comprometió a restringir la aplicación de la Ley Antiterrorista tomando en cuenta las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos¹⁶⁴, en particular, en relación con: la definición de conducta terrorista, la aplicación de la ley y las garantías judiciales.

161 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Op. Cit.

162 En adelante, Ley Antiterrorista.

163 Mensaje N° 280-358, con el que se inicia el proyecto de ley que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

164 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 97, N° 4.

a. La definición de conducta terrorista en la legislación nacional

El principio de tipicidad¹⁶⁵ y de legalidad forman parte de un sistema de garantías de los ciudadano/as frente al Estado que protege a las personas y la sociedad de abusos en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

No obstante no existe un consenso a nivel internacional en torno al concepto de delito terrorista, una ley de carácter excepcional requiere de una descripción precisa de la conducta reprochada a fin de evitar la discrecionalidad. En rigor, la Ley Antiterrorista no define un delito terrorista, sino que proporciona un listado de ilícitos del derecho penal común (delitos base), que protegen diversos bienes jurídicos (vida, integridad, libertad personal, salud pública, propiedad) y que adquieren el carácter de terroristas por la concurrencia de determinadas conductas calificantes. Estas conductas son aquellas que se cometen con la finalidad *“de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de alguno de los delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”*¹⁶⁶.

Se trata de conductas abiertas e indeterminadas, de carácter subjetivo, que atentan contra el principio de tipicidad, dando cabida a eventuales abusos del órgano que las invoca en la persecución de hechos que no necesariamente encuadran con actos de terrorismo.

Los instrumentos internacionales destinados a la persecución y represión del terrorismo si bien no definen lo que debe entenderse por conducta terrorista, han avanzado sobre el consenso que su finalidad es socavar o destruir la institucionalidad y afectar gravemente los derechos y garantías fundamentales de las personas¹⁶⁷. Así lo concibe también la Constitución Política al establecer que el te-

165 Constitución Política de la República, artículo 19 N° 3 inciso 8: *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella”*.

166 Ley N° 18.314, artículo 1.

167 Existen 13 tratados universales sobre la materia, para efectos de una visión sumaria de dichos tratados ver la página web *“Acciones de Naciones Unidas contra el terrorismo”*, www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml.

rorismo “es por esencia contrario a los derechos humanos” (artículo 9). Desde esta perspectiva, un motivo de especial discusión en relación a este tipo de legislación ha sido la protección de bienes individuales, particularmente el derecho de propiedad.

El carácter especial y de aplicación excepcional de las leyes antiterroristas obligan a una definición restrictiva de manera que esta ley sea compatible con el orden democrático y, por cierto, con las legítimas reivindicaciones que grupos específicos.

En relación a algunos delitos bases, la reforma elimina del catálogo inicial al parricidio, las lesiones menos graves y los secuestros en formas de encierro o detención. Es valioso que se hayan excluido de la categoría de terrorista, algunos delitos que siendo gravísimos no se justificaba mantenerlos en el catálogo de delitos terroristas en atención a que los bienes jurídicos por ellos protegidos no decían relación con los fines que se pretenden sancionar con esta excepcional legislación

110

Uno de los aspectos de mayor controversia con motivo del proyecto de reforma a la Ley Antiterrorista fue el amparo al derecho de propiedad, particularmente en relación a los delitos de incendio en lugar deshabitado, descrito y sancionado en el Código Penal¹⁶⁸. Cabe destacar que, a la fecha de este Informe, la revisión de las causas abiertas en Cañete y Lautaro¹⁶⁹ indica que 16 comuneros mapuche fueron acusados por el delito de incendio terro-

rista; por el delito de incendio común están siendo investigados 32 comuneros en La Araucanía y 5 en Cañete.¹⁷⁰

La protección a bienes jurídicos en el marco de la Ley Antiterrorista debe restringirse a aquellos cuya vulneración pueda significar un grave atentado a la vida, la libertad, la integridad física, la salud pública y la propiedad. Esta última, siempre y cuando constituya “instalación de infraestructura”, esto es, “propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público, como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones”, como lo señala expresamente el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas¹⁷¹.

Respecto del delito de incendio terrorista en lugar deshabitado, la reforma a la Ley Antiterrorista avanza en limitar la posibilidad de determinar la pena en el grado máximo. Sin embargo, en relación al delito de incendio de bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos, deroga la regla de determinación de penas establecidas en la legislación anterior; y establece que se aplicarán las sanciones previstas en el Código Penal con excepción del mínimo contemplado en dicho cuerpo legal¹⁷². La redacción empleada en el texto legal abre un margen de discrecionalidad importante a los tribunales en la interpretación y aplicación de la norma, lo que no satisface el principio de proporcionalidad ni la intención de excluir a los comuneros mapuche de los alcances de la Ley Antiterrorista por este tipo de delitos.

En el único caso visto, hasta la fecha de redacción del presente Informe, de revisión de penas invocando esta norma –caso Poduco Pidenco– el Tribunal de Juicio Oral en

168 Artículo 476: “Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados: 1.- Al que incendiare un edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado. 2.- Al que dentro de poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación. 3.- El que incendiare bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos”.

169 Información obtenida de los autos de apertura en la Causa Ruc 0800932994-4 del Juzgado de Garantía de Cañete y la Causa Ruc 0900033605-7 del Juzgado de Garantía de Lautaro. Es necesario aclarar que un comunero puede enfrentar acusaciones tanto por incendio terrorista como por incendio común en la misma causa.

170 El Observatorio Ciudadano en comunicación al Relator Anaya señala que “un total de 58 personas mapuche o relacionadas con el pueblo mapuche procesadas o condenadas por la ley antiterrorista por hechos de protesta social vinculados a la reivindicación de derechos por tierras o de derechos políticos. De ellas, cinco se encuentran condenadas y 42 en prisión preventiva en diversos centros carcelarios del país, en tanto que 11 se encuentran cumpliendo medidas cautelares en libertad. Entre los delitos que se les imputan, o por los cuales cumplen condena, están los de incendio terrorista, homicidio frustrado y lesiones con carácter terrorista, amenazas terroristas, y el de asociación ilícita terrorista”. Comunicación llamamiento urgente, del 23 de julio 2010. Disponible en: www.observatorio.cl

171 Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/52/164 de 15 de diciembre de 1997. Entra en vigor el 23 de mayo del 2001.

172 Ley N° 18314, artículo 3. Es decir, exclusión el presidio mayor en su grado mínimo, 5 años y un día a 10 años, por lo cual el juez/za parte de la pena de 10 años y un día.

lo Penal de Angol, resolvió específicamente en este punto que *“la promulgación de la Ley N° 20.467 no establece una situación jurídico procesal más beneficiosa al imputado, puesto que si bien es cierto en abstracto esta ley podría resultar más favorable, en el caso concreto de determinación de pena no se ve modificada, debiendo en consecuencia rechazarse las solicitudes de las defensas”*¹⁷³.

b. La aplicación de la Ley Antiterrorista

La naturaleza de la legislación antiterrorista y las graves consecuencias de su aplicación sobre las garantías individuales y procesales imponen que la invocación a una normativa de estas características, en el marco del Estado de Derecho, sea excepcional y de aplicación restrictiva a hechos que impliquen un atentado grave al ordenamiento jurídico. En ningún caso debe ser invocada para la persecución de delitos comunes o la represión de actos de demanda y protesta social.

La decisión del Presidente Sebastián Piñera, en el marco de las negociaciones llevadas a cabo para poner término a la huelga de hambre de comuneros mapuche, de retirar la calificación de hechos por la Ley Antiterrorista en los procesos judiciales que afectan a integrantes de este pueblo con motivo de actos de protesta social, debe destacarse y valorarse. La medida del Ejecutivo se inscribe dentro del compromiso asumido por el Estado ante el EPU, recoge la recomendación formulada por el Relator Anaya y los requerimientos formulados por la sociedad civil.

No obstante, mientras no se modifique sustancialmente la legislación antiterrorista, fundamentalmente en relación a la descripción del hecho punible, persiste la posibilidad de invocar, acusar y finalmente condenar, por parte de otros órganos y poderes del Estado, a personas involucradas en actos de protesta social.

c. Garantías judiciales

El tercer motivo de preocupación es la disminución de garantías del régimen procesal aplicable y las facultades concedidas al órgano persecutor en la legislación antiterrorista¹⁷⁴.

La eliminación de la presunción legal de finalidad terrorista según los medios empleados, que hizo la reforma a la Ley Antiterrorista, constituye un significativo avance. Esto significa que el dolo terrorista de todo delito cometido mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos y otros, debe ser probado.

Es también favorable que la reforma prohíba aplicar el procedimiento establecido en la Ley Antiterrorista a los menores de dieciocho años –en estos casos debe aplicarse el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil– y constituya un agravante de delitos terroristas actuar en compañía de menores de edad.

Sin embargo, la Ley N° 20.467 mantuvo el régimen de ampliación de los plazos de privación de libertad. Esta medida cautelar debe ser excepcional frente al principio de inocencia; sin embargo, en la Ley Antiterrorista, el tiempo para poner a disposición al/la detenido/a ante el tribunal competente se extiende a 10 días, en circunstancias que el plazo normal es de 48 horas. A ello se suma la posibilidad de decretar otras medidas cautelares excepcionales como la reclusión en lugares especiales, la restricción al régimen de visitas y la interceptación de las comunicaciones de la persona

111

173 Sentencia de 5 de noviembre de 2010. Considerando 8, Causa RIT 21-2004.

174 El Comité de Derechos Humanos señaló al Estado que *“las garantías procesales, conforme al artículo 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley”*. CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 7. Por su parte, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, vigente en Chile desde febrero de 2005, señala que *“las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad a esta convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”*, y que *“a toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional”* (artículos 15.1 y 3). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116 DOC. 5 rev. 1, del 22 de octubre de 2002.

privada de libertad¹⁷⁵. Además, rompiendo con el principio de publicidad propio del sistema acusatorio, la reforma mantuvo el plazo de secreto de la investigación hasta seis meses.

La reforma introduce una disposición que permite a la defensa a interrogar directamente a los/as testigos y peritos/as protegidos¹⁷⁶, cuya eficacia en la consagración del derecho a la defensa deberá ser evaluado en la práctica, en el curso de los juicios que se siguen. La práctica de recurrir a testigos/as sin rostro ha sido expresada como un motivo de preocupación que debe igualmente ser evaluado en el marco de esta nueva disposición.

No obstante los aspectos positivos de la reforma introducida, esta mantiene vigentes normas que comprometen su armonización con la normativa internacional de derechos humanos y con el fin práctico que se tuvo al momento de legislar; esto es, recalificar los delitos imputados a los comuneros mapuche presos por esta categoría de delitos y evitar la discrecionalidad en la aplicación de una legislación excepcional.

175 La Comisión Interamericana, en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, recordó a los Estados que “no se considerará razonable una demora de más de dos o tres días en llevar al detenido ante una autoridad judicial en general. Un sistema efectivo para registrar los arrestos y las detenciones y poner esa información a disposición de los familiares, asesores letrados y demás personas con intereses legítimos en la información, ha sido también ampliamente reconocido como uno de los componentes más esenciales de un sistema judicial funcional, pues ofrece una protección vital de los derechos del detenido e información confiable para establecer las responsabilidades del sistema”. *Ibidem*, párrafo 122.

176 Artículo 18 inciso final en relación al Art. 9 de la Ley N° 18.314.