



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

**REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LA AGENDA LEGISLATIVA
CHILENA EN TRAMITACIÓN, DESDE LA PERSPECTIVA DE
LOS
DERECHOS INDÍGENAS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Andrea Loreto Reyes Blanco

Profesor guía: Nancy Yáñez Fuenzalida

Santiago, Chile
2007.

*Dedicada a mi madre
y a mis antepasados Pehuenche.*

Agradecimientos

Ante al desafío de hacer una tesis en derecho indígena, encontré a un grupo de personas que se dedica al estudio, promoción y defensa de éstos derechos. Es la Organización no Gubernamental Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (ODPI), creada en Temuco el año 2004, cuyo trabajo ha inspirado la elaboración de esta tesis. El objetivo de esta organización es generar mayores niveles de conciencia en la sociedad chilena y el Estado respecto de la realidad y necesidades de los pueblos indígenas en el país. Así mismo se propone potenciar las capacidades de los pueblos indígenas y sus organizaciones para la adecuada defensa de sus derechos e informar a la opinión pública de la situación de estos pueblos a fin de incidir en su protección.

El tema del presente trabajo nace como respuesta a necesidades existentes en materia de defensa de los derechos indígena, que a través de la labor de información y sistematización de la problemática indígena que dicha organización realiza han llegado a mi conocimiento.

Debo especial gratitud a mi profesora guía y directora de investigación del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Nancy Yáñez Fuenzalida, por su gran apoyo durante la realización de este trabajo.

Andrea Reyes Blanco

Santiago, Julio 2006.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1.- Introducción.....	6
Primera Parte: Contextualización	
1.- Antecedentes históricos.....	10
2.- Marco teórico y directrices del derecho internacional.....	14
2.1.- Conceptualización	15
2.1.1.- Definición de pueblo.....	16
2.1.2.- Derechos colectivos	18
2.1.3.- Derechos de representación, participación y consulta.....	19
2.1.4.- La libre determinación de los pueblos	21
2.2.- Instrumentos Internacionales	24
2.2.1.- Convenio N° 169 de la OIT	25
2.2.2.- El Sistema Interamericano	26
2.2.3.- La Organización de las Naciones Unidas.....	27
3.- Situación y demandas indígenas en Chile	29
Segunda Parte: Revisión y análisis de proyectos	
1.- Introducción.....	35
2.- Reconocimiento de los pueblos indígenas.....	37

2.1.- Reconocimiento constitucional.....	38
2.2.- Reconocimiento a nivel legal	42
2.3.- Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.....	44
3.- Discriminación	49
4.- El acceso a la justicia y debido proceso.....	54
4.1.- Criminalización de las demandas de los pueblos indígenas.....	57
5.- Tierras, territorio y recursos naturales	70
5.1.- Tierras	74
5.2.- Agua	80
5.3.- Bosques.....	90
5.4.- Borde costero y recursos del mar	95
5.5.- Especies autóctonas.....	98
6.- Cultura e identidad	101
6.1.- Genocidio y etnocidio.....	102
6.2.- Derechos culturales específicos.....	105
Conclusiones	111
Bibliografía	116

INTRODUCCIÓN

Según el último censo, la población indígena representa un 4.6% del total de la población chilena, lo que equivale a 692.192 personas. El reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos específicos es una tarea inconclusa de nuestra democracia, e imperativo ético de la sociedad. Con relación a esta materia en la actualidad la única Ley vigente es la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, existiendo varias iniciativas legales, aún en etapa de tramitación, que se refieren al reconocimiento de derechos específicos así como también a otras materias las cuales por su naturaleza tienen incidencia en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. En la discusión de estos proyectos los indígenas y sus organizaciones han tenido muy escasa participación.

En materia de derechos humanos, y en particular en materia derechos de los pueblos indígenas, Chile está desfasado respecto de los demás países latinoamericanos que tienen realidades étnicas, históricas y sociales similares. Es así como en la gran mayoría de los países de la región, la población indígena goza desde hace más de 10 años de un reconocimiento constitucional explícito, cuestión que aún nuestra democracia no ha logrado. Esta ausencia de reconocimiento constitucional es la base de un amplio conjunto de deudas históricas para con los pueblos indígenas transversales a todo el ordenamiento jurídico y que devienen en vacíos de derechos.

La idea de este trabajo surge a partir de la motivación de aportar desde el conocimiento jurídico al avance en estas materias, a través de una revisión anticipatoria de la agenda legislativa, actualmente en discusión en el Congreso de la República, desde la perspectiva de los pueblos indígenas y sus derechos de modo de colaborar con la causa del movimiento indígena. Esta revisión se propone poner a disposición de los que están trabajando en esta problemática, una evaluación específica reflexiva y crítica de diversas iniciativas legales que están actualmente en discusión y tienen importantes implicancias para los pueblos indígenas. De esta forma contribuir al debate y a la oportuna e informada

participación de los indígenas y sus organizaciones en la toma de decisiones a nivel país.

Las referidas iniciativas legales, algunas de ellas sobre derechos indígenas específicos, y otras referidas a distintas materias, que del mismo modo afectan a dichos pueblos en el ejercicio de sus derechos, serán objeto de una revisión sistemática con la aspiración de anticiparse a su aprobación y contribuir al logro de una real participación ciudadana de estos sectores que históricamente han sido postergados.

En orden de lograr los objetivos propuestos, este trabajo se estructuró de manera que contiene dos partes esenciales. La primera apunta a una adecuada comprensión de la problemática indígena, en ella se presenta una contextualización que incluye antecedentes históricos, las directrices del derecho internacional sobre este tema y las demandas actuales. En lo relativo a las directrices y estándares internacionales en materia indígena se ocupó como base, principalmente, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como también los diversos tratados, convenciones y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos. En lo relativo a la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, sus necesidades y sus conflictos se utilizó como base el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas, sobre este tema, el Sr. Rodolfo Stavenhagen (2003) y los informes elaborados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2004) y el Comité de Derechos Humanos (2007) que formulan recomendaciones específicas al Estado de Chile en relación a los Pueblos Indígenas y sus derechos.

En la segunda parte se expone un trabajo de revisión y análisis sistemático de un conjunto proyectos que se seleccionaron por su contenido especialmente relevante en materias indígenas. Dicha revisión y análisis se realizó a la luz las demandas indígenas recogidas en los informes antes mencionados y los estándares internacionales. Lo que se espera es que a partir de esta revisión se puedan identificar las tendencias políticas y sus implicancias en el reconocimiento de los derechos indígenas, de tal forma que el presente trabajo sirva como

herramienta para el trabajo de quienes luchan por mejorar la situación de los pueblos indígenas.

PRIMERA PARTE

Contextualización

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Al igual que en otras regiones del mundo, los pueblos indígenas en Chile han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos fundamentales desde la llegada de los europeos al continente. Esta situación de injusticia persiste en nuestra sociedad a pesar de todos los avances en los procesos políticos de consolidación democrática que han tenido lugar desde la conquista hasta el presente. En efecto, en diversas estructuras de nuestro ordenamiento jurídico persisten elementos que son fuertes obstáculos al pleno ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas, que a la llegada de los europeos a América eran soberanos, fueron objeto de un proceso de subordinación política, jurídica, económica y cultural, por los regímenes coloniales primero y después de la independencia, por los estados nacionales. Durante la época colonial, los españoles hicieron ocupación armada de los territorios indígenas, sometiendo a muchos de sus habitantes a la esclavitud. En gran parte del país, la población indígena fue relegada a una porción de sus tierras ancestrales, formando asentamientos denominados “Pueblos de Indios” y por aplicación de la institución de la “Encomienda”, los conquistadores utilizaron a los indígenas como obreros, sin que éstos recibieran salario a cambio y los desplazaron de sus territorios ancestral aún en contravención a las normas del derecho indiano imperantes.

Más tarde, en el proceso de independencia y a consecuencia de la presencia de ideas liberales, a principios del siglo XIX, los gobiernos republicanos, en Chile, como en la mayoría de los países de la región, declararon la igualdad jurídica de los indígenas asimilándolos al resto de la población y sometiendo sus tierras al derecho común. Dicha tendencia liberal, se basa, en la “simetría ficticia” propia de las concepciones individualistas de la idea de nación, en la que sólo hay ciudadanos. Esto fue el comienzo de la llamada etapa asimilacionista, que trajo como consecuencia la negación no sólo de los derechos sino de la existencia de los pueblos indígenas.

Es así como Chile al igual que otros estados de América, desde su independencia ha promovido la incorporación de los indígenas a la cultura dominante, negándoles sistemáticamente, a través de su ordenamiento jurídico y sus políticas, su existencia como pueblos insertos en estados que en la realidad son multiétnicos y pluriculturales.

En efecto, en 1819, se les otorgó la ciudadanía a los indígenas y se les eximió del tributo personal al que estaban obligados durante la colonia. De esta forma, se fueron incorporaron paulatinamente a la población general muchísimas personas de todas la etnias que habitaban el país. La ciudadanía fue incluso otorgada a los habitantes del territorio mapuche (entre el río Bio Bio y el río Toltén) que en ese momento era un territorio autónomo.

Con posterioridad siguiendo con la tendencia liberal, en el año 1823, se dictó la llamada Ley Freire, la cual ordenó la división de los pueblos de indios y la constitución de la propiedad indígena, procediendo a su demarcación bajo la lógica de la ocupación efectiva del territorio. Esta normativa produjo la reducción definitiva del territorio mapuche en el valle central y sentó las bases que permitieron la venta masiva de territorios indígenas a particulares en el *Pikun mapu*¹.

En la araucanía, en cambio la autonomía territorial, reconocida por el estado chileno persistió hasta mediados del siglo XIX. Situación que fue cambiando progresivamente a través de la dictación de diversas leyes y decretos que tuvieron por objeto el sometimiento a la jurisdicción de las autoridades chilenas de los mapuche y su territorio, para culminar con la ocupación militar de la zona por parte del ejército chileno entre los años 1862 y 1883 con la cual se incorporaron casi cinco millones de hectáreas al control de las autoridades chilenas. Luego con la dictación de la ley del año 1866 se comenzó la apropiación fiscal de terrenos, su venta a particulares y la formación de colonias. Así mismo en virtud de esta ley se fundaron pueblos en tierras indígenas y se otorgaron Títulos de Merced a los mapuches, reduciendo su territorio y radicándolos en comunidades.

¹ *Estructura adverbial del mapudungún que significa tierra del norte.*

Con esto se dio comienzo a la política de la radicación y reducción de la propiedad mapuche. En este proceso “a las familias mapuche sólo se les reconoce las tierras ocupadas por la casa habitación y la zona de cultivo alledaña. No se les reconocen los sitios sagrados y ceremoniales, las áreas de apacentamiento de los animales y tampoco las zonas de recolección de productos del bosque y el hábitat marino”². Esto produjo como consecuencia, profundas transformaciones en la estructura social, política y económica del pueblo Mapuche.

Con posterioridad, desde 1927, comenzó el proceso de división de las comunidades mapuches para lo cual se implementaron sucesivas leyes que regulaban las condiciones de la división y posterior enajenación de los terrenos. Política que tuvo, entre otras consecuencias, la incorporación y asimilación de gran parte de sus habitantes a la población chilena, seguido de grandes migraciones a las ciudades chilenas.

En la segunda mitad del siglo XX y dentro del contexto de la reforma agraria se observó un avance significativo en la política indígena, lo que se materializó en un proceso de restitución de terrenos indígenas que habían sido usurpados, dando respuesta a las demandas que el pueblo Mapuche venía formulando ya hacía décadas. Sin embargo este proceso fue bruscamente interrumpido con el golpe militar, con lo que se inició el proceso inverso llamado “contrarreforma agraria” en virtud del cual una gran cantidad de predios fue devuelto, en desmedro de las comunidades mapuches. Con posterioridad, durante la dictadura militar por aplicación del D.L. 2568 de 1978 se dividieron prácticamente todas las comunidades mapuches, transformando a los comuneros en propietarios individuales, a pesar de la férrea oposición del movimiento indígena. Cabe consignar que de acuerdo a esta normativa bastaba con que un comunero solicitara la división para que se pusieran en marcha el procedimiento administrativo al efecto.

Más adelante la relación con el mundo indígena se enmarcó dentro de una política de carácter indigenista, que reconocen las condiciones de marginalidad

² Correa, Martín; Molina Raúl; Yañez Nancy (2005). *La Reforma Agraria y las Tierras Mapuches en Chile 1962-1975*. Santiago de Chile. LOM Ediciones.

económica y postula la integración social. La política indigenista constata la opresión en que viven las poblaciones indígenas e intenta promover políticas de integración con pertinencia cultural. En lo fundamental esta política postula la integración, con protección por parte del estado, de sus tierras, lenguas y costumbres a través de instituciones creadas para este fin y en las que se contempla la participación indígena por medio de mecanismo de co – participación con autoridades gubernamentales. En el año 1989, dentro del contexto de la recuperación de la democracia, se suscribió entre el estado y representantes de los pueblos indígenas el Acuerdo de Nueva Imperial, en virtud del cual se dio comienzo una nueva etapa de relaciones entre dichos actores de tendencia “indigenista”. Como fruto de dicho acuerdo se creó la Ley 19.253, promulgada en el año 1993, a través de la cual se reconoce la existencia en Chile de diferentes etnias indígenas y se les reconoce la calidad de indígenas a sus miembros, estableciendo normas sobre su protección fomento y desarrollo, y se crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

La efectividad de ésta política ha sido fuertemente cuestionada por diversos analistas y por el movimiento indígena. Como respuesta a estas críticas y al recrudescimiento de la protesta social mapuche, particularmente a instancias del gobierno se constituyó en el año 2001, bajo el gobierno de Ricardo Lagos, la Comisión de “Verdad Histórica y Nuevo Trato”, con la idea de servir de base para una nueva forma de comunicación con los pueblos indígenas, lo que implica una transformación cultural, política y jurídica. Este nuevo intento tampoco ha dado los resultados esperados, pues no se han concretado ninguna de las recomendaciones propuestas en el informe elaborado por dicha comisión, en buena medida por la falta de voluntad política por parte del gobierno de Lagos y su sucesora la Presidenta Bachelet.

La actual situación es que los pueblos indígenas han emergido desde hace unas dos décadas como importantes actores políticos y sociales en casi todos los países de Latinoamérica. Son factores de este fenómeno, el fracaso de las políticas indigenistas históricamente adoptadas, referidas en los párrafos anteriores y más recientemente la implementación de políticas pro globalización y desarrollo. En efecto en las últimas décadas los estados han privilegiado proyectos de inversión

mineros, forestales y energéticos en territorios ancestrales, que anteriormente se habían librado de las usurpaciones por su escaso valor para la agricultura y la ganadería. De esta forma hoy se siguen expropiando terrenos y recursos naturales de propiedad y uso ancestral indígena sin considerar el significado y la importancia que estos tienen para sus ocupantes ancestrales. El rol protagónico que las causas indígenas muestran actualmente en el contexto político y social, como respuesta a la marginación política y económica, se ve potenciada por su vinculación con movimientos y entidades que desde diversas partes del mundo defienden los derechos de los pueblos originarios, logrando un fuerte apoyo internacional ⁽³⁾.

2.- MARCO TEÓRICO Y LAS DIRECTRICES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Si bien el derecho internacional es en principio la rama del derecho que se encarga de regular las relaciones jurídicas entre los estados miembros de la comunidad internacional, hoy en día, es la disciplina que se avoca, cada vez con más relevancia, a regular las relaciones entre los individuos y el estado. Luego de la segunda guerra mundial, el derecho internacional ha comenzado a regular los derechos de las personas, particularmente los de aquellas que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, y que por esta razón, no gozan de un adecuado respeto de sus derechos por parte de los gobiernos de los estados en los que habitan. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1948, surge como el primer instrumento internacional que consagra positivamente los derechos humanos.

En las últimas décadas, han surgido una serie de instrumentos internacionales destinados a construir un marco jurídico que rijan las relaciones entre los estados y pueblos que existen dentro de sus fronteras, desde tiempos anteriores a la formación del Estado. Los distintos organismos internacionales han constatado

³ La síntesis histórica fue escrita basándose en los siguientes trabajos: Jara Orietta y Nancy Yañez Manual de Derechos Indígenas. Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera Inédito. Y Aylwin, José. *Ombudsman y derechos indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2006.

la necesidad del reconocimiento de derechos específicos a dichos pueblos o naciones, los cuales han quedado consagrados en diversos tratados, convenciones y declaraciones de rango internacional. Así mismo tales instrumentos se han ocupado de establecer definiciones y conceptos básicos conformando un marco jurídico para el logro de una adecuada relación, protección y respeto de los derechos de los referidos pueblos. En este sentido, “la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos a favor de los pueblos indígenas contribuye al conjunto de desarrollos hacia el consenso uniforme y generalizado sobre el contenido de esas normas, más allá de expresar las obligaciones derivadas de esos tratados”⁴. Lo que no significa que ya se haya logrado completamente un nivel satisfactorio de consenso internacional y adhesión de los estados sobre este tema.

2.1.- Conceptualización

Para una mejor comprensión del tema en estudio, se hace necesario revisar los conceptos más relevantes en materia de derechos indígenas, todos ellos objeto de largas discusiones en las diferentes instancias internacionales y en permanente desarrollo. La construcción de un entendimiento común sobre el contenido de los derechos indígenas es muy importante, por cuanto, a través de ésta, se generan bases de derecho consuetudinario internacional y la incorporación de dichas normas en las constituciones y normas legales internas de cada país, lográndose de este modo su efectiva materialización y reconocimiento. Sin perjuicio de que también existen instancias jurisdiccionales, tanto nacionales como internacionales, en las cuales es posible lograr un reconocimiento directo de las normas de derecho consuetudinario internacional.

Es relevante puntualizar que los derechos de los pueblos indígenas no son un conjunto de derechos aislados, sino que se desprenden de principios de derechos humanos generalmente aceptados, tales como el principio de respeto a la dignidad humana, de no discriminación, de autodeterminación, de integridad cultural y de respeto al derecho de propiedad entre otros.

⁴ Anaya, James. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Extracto del artículo publicado en “La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI”. F. Gomez, ed. U, Deusto, Bilbao 2003. Pag 1.

2.1.1.- Definición de pueblo

De las definiciones de pueblo que se utilizan en la redacción de informes o instrumentos internacionales, se pueden destacar dos⁵: la de la profesora Erica Daes, presidenta relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas que propone definir un pueblo de acuerdo a “los lazos étnicos lingüísticos, religiosos o culturales que comparte un grupo; la ausencia o debilidad de alguno estos lazos no deben invalidar una demanda. También considera la identidad que los miembros del grupo perciben del mismo como distinta de las identidades de otros grupos”. El profesor A. Cristescu, por su parte, define pueblo en base a dos criterios: la existencia de una entidad social que posee una clara identidad y características propias; la cual tiene una relación con el territorio aunque haya sido expulsado de él y reemplazado artificialmente por otras poblaciones.

Luego, los pueblos indígenas, según lo definió el Relator especial de las Naciones Unidas José Martínez Cobo en su informe “Estudios del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, son aquellas “comunidades, pueblos y naciones indígenas, las que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollan en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en estos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar, transmitir a sus futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de sus existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.”

El Convenio N° 169 de la OIT define a los pueblos indígenas y tribales en su artículo 1º, incluyendo elementos como la existencia de pueblos tribales con características culturales sociales y económicas que los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que se rijan total o parcialmente por sus costumbres o tradiciones. Pueblos que habitan países independientes y que descenden de poblaciones que habitaban esa zona geográfica en época de la

⁵ Fergus Mackay, Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Asociación APRODEH. Lima 1999. Pag 59-60.

conquista o colonización y conservan costumbres y sus estructuras políticas y sociales. Este convenio considera como criterio fundamental la conciencia de su identidad indígena o tribal. En dicha definición se puntualiza que el termino pueblo, para efectos del convenio, no tiene las implicancias que se le tribuyen en derecho internacional.

La mencionada convención de la OIT, hace una distinción entre pueblos indígenas y pueblos tribales, los primeros, señala, son aquellos que mantienen continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y colonización lo cual se aplica sobre todo a Norte América, Sudamérica y el Pacífico. Los pueblos tribales, en cambio, no necesariamente mantienen continuidad histórica como los primeros y se distinguen de otros sectores de la sociedad por sus tradiciones, estructuras sociales y políticas o estatus legal dentro del estado que habitan⁶. Esta definición se aplica por ejemplo a los descendientes de esclavos africanos que habitan en América y que se han establecido como una organización propia diferenciándose de otros sectores de la sociedad y que se consideran a sí mismos distintos⁷.

Sin embargo las definiciones plantean una serie de problemas por cuanto son aplicables a una amplia gama grupos sociales, y están elaboradas desde una perspectiva externa. En este sentido, se ha sostenido que una definición oficial y unívoca no es necesaria ni deseable, por lo que se ha privilegiado una política abierta. Por su parte, los pueblos indígenas son enfáticos en reiterar que sólo ellos tienen el derecho de autodefinirse. Las razones que sustentan la idea de que la autodefinición es un derecho de los pueblos, son fundamentalmente dos; que las definiciones externas siempre serán de alguna forma excluyentes, y por otro lado que al estar, la facultad de definir, en un organismo o poder estatal, también éste tendría la facultad de negar la existencia de un pueblo⁸.

⁶ Artículo 1 n° 1 del Convenio 169 OIT, que trata sobre la aplicación del convenio

⁷ El año 2006 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (CEACR) recomendó al Estado de Colombia la aplicación del Convenio 169, ratificado el año 1991, a las comunidades afrodescendientes de Jiguamiandó y familias de Curvaradó del departamento de Chocó. Informe CEACR Observación individual. 2006.

⁸ Fergus Mackay, Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Asociación APRODEH. Lima 1999. Pag 69-73

La discusión actual es producto de dos tendencias contrapuestas, por un lado los estados que insisten en que Naciones Unidas establezca y aplique una definición de pueblos indígenas y por otro, la posición de los pueblos indígenas de continuar demandando el derecho a la autoidentificación⁹. La presidenta relatora Erica Daes ha recalcado que más que una definición, es importante tener en cuenta la existencia de elementos o factores considerados pertinentes para entender el concepto de indígena y que no necesariamente deben estar presentes en todos los casos y con la misma intensidad. La idea es que estos factores sirvan de orientación a la hora de adoptar decisiones prácticas. Estos factores incluyen "(a) prioridad en el tiempo respecto a la ocupación y uso de un determinado territorio, (b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural que puede incluir el idioma, la organización social, la religión, los valores espirituales, las formas de producción, leyes e instituciones, (c) conciencia de la propia identidad, reconocimiento por otros grupos y las autoridades estatales como una autoridad distinta y (d) una experiencia de sometimiento marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación aunque estas condiciones no estén presentes en la actualidad¹⁰.

2.1.2.- Derechos colectivos

El reconocimiento de los derechos en la teoría tradicional de los derechos humanos, se hace sobre derechos individuales, lo cual implica una fuerte desprotección para los pueblos indígenas y las minorías que tienen características colectivas, que son pilares de su cultura.

Una adecuada protección y reconocimiento de los derechos indígenas pasa por el reconocimiento de un pueblo como unidad social y política diferenciada, para lo cual es indispensable el reconocimiento de derechos específicos de naturaleza colectiva. Estos derechos se pueden agrupar de la siguiente forma¹¹.

- Derechos especiales de representación y participación

⁹ Fergus Mackay, Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Asociación APRODEH. Lima 1999. Pag 69-73.

¹⁰ Documento de trabajo de la Presidenta Relatora Erica Daes sobre el concepto de "pueblos indígenas", Doc. UN E/CN.4/Sub.2/AC.4. 1996.

¹¹ Jara Orietta y Nancy Yañez Manual de Derechos Indígenas. Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera Inédito. Pag 15

- Derechos de autogobierno¹²
- Derechos pluriétnicos o culturales¹³

No obstante el reconocimiento de los derechos colectivos reviste gran relevancia, por cuanto de éste va a depender la supervivencia de los pueblos indígenas como entidades organizadas con un proyecto político y civilizatorio propio. Tanto a nivel nacional como internacional, dicha tarea de reconocimiento y exigibilidad de derechos colectivos esta aún lejos de ser cumplida. A modo de ejemplo, basta constatar la dificultad que se ha dado en torno a la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT que contempla la noción de pueblo como sujeto de derecho, lo que implica una ventana hacia la libre determinación, el cual es uno de los derechos indígenas más resistidos por parte de los estados.

2.1.3.- Derechos de representación, participación y consulta

Este derecho forma parte de aquellos que componen el de autogobierno y dice relación con el derecho que tienen los pueblos a ser consultados por las autoridades al momento de tomar decisiones que los afectan. Los pueblos Indígenas tienen el derecho a una adecuada representación y participación en las distintas instancias de poder, tanto a nivel legislativo, ejecutivo y judicial.

En este sentido, el Convenio 169 de la OIT, establece que los gobiernos de los estados deben consultar a los pueblos indígenas antes de tomar decisiones que incidan en sus asuntos. Además, los gobiernos deberán promover el desarrollo de las formas de organizaciones de los pueblos indígenas y proteger especialmente el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales que existen en sus tierras y consultarlos en cualquier actividad relacionada con ellos.

Los distintos niveles de comunicación de los estados con los pueblos indígenas han sido recogidos en los instrumentos internacionales y se les denomina

¹² El autogobierno consiste en la expresión política de la autodeterminación.

¹³ Son los derechos de expresión cultural que tiene cada pueblo; dentro de los cuales esta el derecho a una lengua propia, a practicar una religión y en general a desarrollar sus costumbres en condiciones de igualdad y sin ser objeto de discriminación.

estándares. Según el profesor Fergus Mackay se distinguen cinco niveles o estándares:

- 1) El consentimiento plenamente informado y con pleno conocimiento.
- 2) El consentimiento
- 3) El acuerdo
- 4) La participación
- 5) La consulta

Sólo el primero de ellos está libre de prestarse para el abuso y la manipulación ya que exige la completa información sobre ventajas y desventajas, el derecho a la libre determinación y obviamente el derecho a rechazar o vetar las acciones del Estado. Este poder de veto es resistido por los estados y a menudo ocurre que éstos utilizan cada uno de los estándares dependiendo del tema sobre el que se va a decidir. Por ejemplo, los estados suelen decidir que un mayor nivel de participación sea permitido en programas de educación bilingüe y un estándar mucho menor de participación cuando están en juego los derechos sobre recursos naturales de importancia económica estratégica.

Con todo, existen muchas formas en que los estados pueden hacer abuso de los estándares de participación para lograr el consentimiento de los pueblos indígenas. Prácticas como presionar para que se de un acuerdo sin proporcionar la totalidad de la información relevante, dar muy poco tiempo para conocer una información muy extensa ó realizar la “consulta” y después no considerar el punto de vista de los consultados, se observan con frecuencia.

En Chile, la Ley Indígena reconoce de forma limitada el derecho de participación, más bien con un carácter sólo consultivo. En efecto en su artículo 34 dispone 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”. Luego en virtud de la misma ley se les otorga participación en la administración de áreas protegidas ubicadas en

áreas de desarrollo indígena (artículo 41) así como representación minoritaria, de elección indirecta en el consejo nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) (artículo 38), principal organismo de gobierno encargado de la conducción de la política indígena del estado. Por otra parte la Ley Indígena otorga valor legal a la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a la misma etnia y que no sea contraria a la Constitución.

Lamentablemente, en todas estas áreas la experiencia ha sido negativa, en efecto no se ha concretado adecuadamente el derecho a que sean consideradas las opiniones de las organizaciones en materias que les, incidan, tampoco se ha concretado la participación al interior de las Áreas Silvestres Protegidas y en relación con la CONADI, la participación es escasa en la actualidad, debido a distintos factores, entre otros, el carácter indirecto de la elección de los integrantes indígenas del Consejo, y las sistemáticas intervenciones del ejecutivo a objeto de lograr su control¹⁴. Finalmente con relación a la aplicación de normas de derecho consuetudinario indígena tampoco se han registrado avances.

2.1.4.- La libre determinación de los pueblos

Uno de los derechos colectivos de mayor relevancia y condición de posibilidad del ejercicio de gran parte de los demás derechos de los pueblos indígenas, es el derecho de libre determinación. Este derecho puede definirse como el poder de autogobernarse de un pueblo, tomar sus propias decisiones y avanzar de acuerdo a su propio proyecto de sociedad.

Históricamente, la libre determinación fue reconocida en el derecho internacional, por primera vez, en la Carta de las Naciones Unidas en 1945, que en su artículo 1º inciso 2º, señala que uno de los fines de las Naciones Unidas es “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto a la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos”.

¹⁴ Aylwin José. Documento de Trabajo n° 3. “Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: La experiencia de Chile”. Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. Octubre 2005. Página 8.

Luego, en 1960, nuevamente las Naciones Unidas se refiere a la libre determinación en la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales aprobada por la Resolución de la Asamblea General en la que se señala “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política, y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Mas tarde en términos similares se incorpora este derecho en los tratados de derechos humanos multilaterales más importantes, promulgados por Naciones Unidas: el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos pactos, promulgados en 1966, obligan a los estados a “promover la realización del derecho a la libre determinación” y relacionan este derecho con lo que se ha denominado “la soberanía permanente” sobre los recursos naturales, el derecho a la seguridad y el adecuado acceso a los medios de subsistencia. Los instrumentos hasta aquí aludidos, establecieron el derecho a la libre determinación como parte del derecho internacional, con posterioridad múltiples estudios e informes elaborados por las Naciones Unidas han reafirmado este derecho, y lo han definido como “un derecho humano fundamental, cuyo disfrute es un requisito esencial para el disfrute de cualquier otro de los derechos humanos y libertades fundamentales”. En efecto el Convenio 169 de la OIT, consagra en su artículo 7 que “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en la que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Queda claro que el derecho de libre determinación esta establecido en el derecho internacional, su aplicación, sin embargo presenta variados problemas. En la práctica este derecho es aplicado en forma restringida a los territorios coloniales en proceso de descolonización y otros que aún no gozan de autogobierno. La independencia que la mayoría de los estados coloniales consiguieron durante el

siglo XX, dio lugar a la formación de estados en base a las antiguas fronteras coloniales, las que no consideraban las establecidas por los habitantes ancestrales de los territorios. Es así como en un mismo estado quedaron incorporados un gran número de pueblos diferentes, situación que ha dado lugar a largos conflictos de los grupos con el estado y entre sí, movimientos separatistas, represión de minorías y en casos más graves a genocidios. Asimismo, pueblos originarios han quedado segregados tras la imposición de fronteras por parte del los estado nacionales. La aplicación del derecho a la libre determinación en situaciones distintas a la de la descolonización de ultramar, especialmente respecto de los pueblos indígenas, se ha encontrado con lo difuso del concepto de pueblo y sus implicancias, así como con el temor de los estados a la secesión y el desmembramiento territorial.

Una de las barreras que ha impedido el adecuado reconocimiento del derecho a la libre determinación por parte de los estados, es el temor a la secesión. Los estados han mantenido la tendencia a restringir el ejercicio de este derecho, pues ven en él el peligro de la independencia de estos pueblos como estados soberanos. Pero este temor es infundado a la luz de los instrumentos internacionales, el pensamiento contemporáneo y principalmente por que la independencia no figura entre las metas de los pueblos indígenas. La idea es que los estados modifiquen sus estructuras de poder de tal forma que los pueblos indígenas logren el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos de autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, religión información, salud, vivienda, gestión de tierras y recursos, actividad económica, medio ambiente y regular el acceso a personas que no son miembros de sus territorios.

En suma el derecho a la libre determinación debe ser ejercido dentro de las estructuras democráticas, constitucionales y legales de los estados, que deben ser capaces de compartir con los pueblos indígenas el poder haciendo para ello las reformas institucionales necesarias. Los pueblos a su vez deberían tener el deber correspondiente de desarrollarse dentro del marco constitucional y democrático del estado, y relacionarse con éste en base a la buena fe y respeto mutuo, con pleno respeto de los derechos de los individuos, otros pueblos y el estado. Esta idea es sintetizada muy claramente por el sociólogo mexicano Héctor Díaz Polanco quien

señala: “Inconformes con su situación económica, social, política y cultural, los pueblos reaccionan de dos maneras: declinan permanecer en la sociedad política que los sujeta y, en consecuencia procuran constituir su “hogar publico”; o reafirman su pertenencia la estado-nación mientras reclaman el reconocimiento de derechos –en tanto colectividades- que entrañan algún grado de transformaciones del arreglo sociopolítico en vigor. El primer camino lleva al separatismo; el segundo conduce a los senderos de la autonomía. Esta es la opción que, como regla han escogido los pueblos indígenas de América Latina”¹⁵.

El derecho a la autodeterminación, esta íntimamente ligado al de libre determinación y puede ser concebido como una expresión de éste mismo y de un conjunto de otros derechos humanos. El derecho a la autodeterminación comprende¹⁶:

- El derecho de autoafirmación: Capacidad de un pueblo de proclamar su propia existencia, y el consecuente derecho a que ésta proclamación sea reconocida por la sociedad.
- El derecho de autoidentificación: Capacidad de un pueblo para determinar por sí mismo quienes lo constituyen.
- El derecho de autodelimitación: Derecho a determinar sus límites territoriales.
- El derecho de autonomía interna: Capacidad o facultad que tiene un pueblo de autogobernarse de acuerdo a sus propias estructuras políticas.
- El derecho de autonomía externa: Derecho de un pueblo a determinar su estatus político y su relación con otros pueblos, estados o naciones. En conjunto con la autonomía interna conforma el derecho al autogobierno.

2.2.- Instrumentos internacionales

¹⁵ Héctor Díaz-Polanco, Consuelo Sánchez. México Diverso. (2002). Siglo veintiuno editores, s.a. de c.v. México. Pagina. 32.

¹⁶ Yáñez Nancy, Derechos humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1990. Pág. 157.

Como ya señalábamos, los organismos internacionales han hecho una importante labor en materia de defensa y promoción de los derechos indígenas, lo que ha venido a complementar el derecho interno de los países y fijar un marco normativo estableciendo estándares de respeto y defensa de estos derechos.

Entre los principales instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de los derechos indígenas podemos mencionar los siguientes:

2.2.1.- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

En 1982 se inició la revisión del convenio N° 107 de la OIT, que en 1989 culminó con la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el que reconoce a los pueblos indígenas importantes derechos políticos, económicos, sociales y territoriales.

Uno de los aspectos más relevantes de este convenio es en el ámbito político al reconocer a los pueblos indígenas como “pueblos” y no como “poblaciones” como lo hacía el Convenio N° 107 (artículo 1º), así como el reconocimiento de un conjunto de derechos de autodeterminación y autogestión de sus asuntos y de su desarrollo. Este aspecto del Convenio ha sido objeto de gran discusión por las implicancias políticas que derivan de la palabra pueblo a pesar de que en su artículo 1º inciso 3º señala que “La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

Dicho Convenio reconoce también el derecho consuetudinario indígena, a través del reconocimiento al derecho de autogobierno. Se plantea que los pueblos indígenas mantengan y desarrollen una estructura administrativa y un sistema jurídico propio, de manera que sean capaces de decidir sus propias prioridades respecto del desarrollo y destino de sus tierras, el derecho a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural (artículo 7º inciso 1º), el derecho a preservar

sus costumbres, instituciones y el derecho consuetudinario (artículo 9º incisos 1º y 2º).

Como veremos con más detalle en la segunda parte, en nuestro país, el mencionado Convenio se encuentra aún en etapa de tramitación en el Congreso Nacional desde el año 1991.

2.2.2.- El Sistema Interamericano

El Sistema Interamericano esta principalmente vinculado la Organización de Estados Americanos (OEA), creada con el objeto de promover y proteger los derechos humanos en el continente americano. En efecto, dicha organización ha trabajado intensamente en la elaboración de diversos instrumentos que consagran estos derechos y les otorgan un carácter más específico. Fue así como en 1940, realizó el Primer Congreso Indígena Interamericano y en 1948 elaboró la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, la cual consagra una serie de principios de gran relevancia en materia de respeto a los derechos humanos, así como también, introduce los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Con posterioridad, el año 1969, el contenido de la mencionada Declaración fue reconocido y complementado en la Convención Interamericana de Derechos del Hombre o también llamada Pacto de San José de Costa Rica. Dicho instrumento es actualmente el de mayor relevancia en materia de derechos humanos, dentro del Sistema Interamericano y ha sido suscrito por la gran mayoría de los países del continente.

La especial relevancia de la Convención Interamericana radica en que además de consagrar una serie de derechos fundamentales, establece un sistema de protección y resguardo de los derechos humanos para lo cual crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica. Con esto la Convención crea un sistema que va más allá de la mera declaración de

derechos, convirtiéndose en vinculante para los estados que la suscriben¹⁷, por cuanto los deberes establecidos por éstas se hacen exigibles a través de acciones interpuestas ante la Corte, como organismo jurisdiccional competente. En efecto la Corte Interamericana ha conocido un gran número de contiendas, muchas de ellas relacionados con el reconocimiento de derechos indígenas, estableciendo jurisdiccionalmente, en sus fallos, obligaciones para los estados involucrados.

La jurisprudencia de la Corte a través de una interpretación evolutiva de los derechos humanos reconocidos en la convención ha resguardado los derechos indígenas sobre el territorio y los recursos naturales y ha reconocido la dimensión colectiva de tales derechos. (Awas Tingni vs Nicaragua, 2001; Yakye Axa vs Paraguay, 2005 y Sawhoyamaya vs Paraguay, 2006)

2.2.3.- La Organización de las Naciones Unidas

En diciembre de 1948, al término de la segunda guerra mundial, la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual es considerada el más relevante de los instrumentos internacionales en la materia. En sus 45 artículos dicha declaración consagra una serie de principios tales como el de igualdad, dignidad e inalienabilidad de ciertos derechos, garantías y libertades. Esta declaración, si bien es el eje y la base del reconocimiento de los derechos humanos a nivel mundial, no es suficiente a la hora de abordar la tarea del reconocimiento de los derechos indígenas, principalmente por que no reconoce derechos de carácter colectivo, piedra angular en el tratamiento de los derechos humanos en materia indígena.

Con posterioridad, el año 1966, la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, principalmente elaborado para proteger a los ciudadanos del abuso de poder por parte del Estado, consagrando los denominados “derechos de primera generación” y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual nace como complemento del anterior, incorporando los denominados “derechos de segunda generación”, cuyo contenido

¹⁷ La Convención Interamericana de Derechos del Hombre celebrada en San José de Costa Rica en 1969, dispone en su artículo 1.1, que es deber de los estados que la suscriban “Respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” y “Garantizar su libre y pleno ejercicio”.

“evidencia la necesidad de poner más énfasis en los aspectos sociales, económicos y culturales de la vida en sociedad para así equilibrar la balanza entre la libertad y la igualdad”.

Dentro de las Naciones Unidas funcionan distintos Consejos, subcomisiones y grupos de trabajo, cuya labor se centra en el estudio, revisión y elaboración de soluciones jurídicas acerca de las diversas problemáticas que surgen en materia de respeto a los derechos fundamentales. El año 1995 se creó el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, de composición abierta, con el objeto de elaborar de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, considerando el proyecto contenido en una resolución emitida en 1994 por la entonces “Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y protección a las minorías”. El proyecto de Declaración establece entre otros importantes aspectos “que los pueblos indígenas tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de DDHH y el derecho internacional de los derechos humanos”¹⁸ y reconoce el derecho a la autodeterminación así como a la preservación y fortalecimiento de sus instituciones políticas, legales, económicas, sociales y culturales de los pueblos Indígenas.

Entre los instrumentos internacionales actualmente vigentes, de mayor relevancia específica en materia indígena se distinguen la Declaración de Río, la Agenda XXI y el Convenio sobre Diversidad Biológica. Todos ellos elaborados en el seno de las actividades de las Naciones Unidas.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo o también llamada Cumbre de Río, realizada en Río de Janeiro el año 1992, dio lugar a La Declaración de Río y a la Agenda XXI. El primer instrumento fija estándares en materia de medioambiente, desarrollo y sustentabilidad, proponiendo a los estados que promuevan la identidad y las culturas de los pueblos autóctonos con el fin de asociarlos de mejor forma al desarrollo sustentable¹⁹. El segundo instrumento recomienda un programa de acción a los estados para el siglo XXI.

¹⁸ Artículo 1 del proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁹ La Ley 19.880, Ley General de Bases del Medio Ambiente, da cuenta de esta recomendación incorporando el aspecto sociológico y cultural dentro de los elementos que conforman el medio

El Capítulo 26 de la Agenda XXI dice específica relación con materias indígenas y se titula “Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades”. No obstante no reconoce la noción de pueblo, refiriéndose en cambio a “poblaciones”, dicho instrumento hace un llamado a los estados a disponer mecanismos para “fortalecer y facilitar la participación de los pueblos indígenas en su propio desarrollo”²⁰. Dicho instrumento propone lineamientos a los gobiernos para incorporar activamente a las poblaciones indígenas en la elaboración de políticas, leyes y programas relacionados con la ordenación de los recursos y otros procesos que puedan afectarles (capítulo 26.3 b), y en el manejo de recursos y estrategias de conservación (capítulo 26.3 c).

Por su parte el Convenio sobre la Diversidad Biológica fue adoptado por 157 países, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), en Río de Janeiro el año 1992. El artículo 8º, inciso j. de dicho convenio es de fundamental importancia en materia indígena. En él se establece un conjunto obligaciones a los estados tendientes a “respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”²¹. Luego, al igual que la Agenda XXI, este convenio otorga claros lineamientos para “promover la aplicación más amplia de estos conocimientos y prácticas, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, es decir, las comunidades indígenas y sus miembros”²².

La aplicación de estos principios y lineamientos internacionales, a la realidad de los pueblos indígenas latinoamericanos, ha dado lugar a la formulación de

ambiente; Artículo 2 n° 11; “ Para todos los efectos legales se entenderá por Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia en sus múltiples manifestaciones”.

²⁰ Fergus Mackay, Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional. Asociación APRODEH. Lima 1999. Pag 286.

²¹ Jara Orietta y Nancy Yáñez Manual de Derechos Indígenas. Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera Inédito. Pág. 53.

²² Ibidem. Pág 52.

demandas que responden a las situaciones específicas de vulneración de derechos a los que estos pueblos están actualmente sometidos.

3.- SITUACIÓN Y DEMANDAS INDÍGENAS EN CHILE

El movimiento indígena en nuestro país se caracteriza por la atomización, lo que ha originado una multiplicidad de organizaciones y problemas de representación. No obstante, es posible advertir en sus demandas un alto grado de univocidad²³.

Los pueblos indígenas en Chile, viven en una situación de marginalidad social, siendo aún en estos días, víctimas de sistemáticas violaciones sus derechos humanos. De lo anterior da cuenta el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas²⁴ (2003), así como también informes elaborados por diferentes organismos internacionales que trabajan por los Derechos Humanos y el desarrollo de los pueblos, a saber; Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC. 2004), Informe del Comité de Derechos Humanos, (DCP. 2007) y el Informe del Comité de Derechos del Niño (2007), a través de los cuales formulan recomendaciones al estado tendientes a lograr el cumplimiento de los estándares y acuerdos internacionales en la materia. El primero de estos instrumentos se refiere desde una perspectiva general a la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas señalando los ámbitos en que se detectan deficiencias identificando, entre otros, como puntos críticos; En materia legislativa, la falta de reconocimiento y participación de los pueblos, discriminación y la falta de regulación sectorial sobre materias como tierra agua, minas u otras que puedan entrar en contravención con la Ley Indígena. En materia de desarrollo se pone alerta sobre los altos índices de pobreza y bajos niveles de bienestar, y se recomienda que se desarrollen proyectos sostenibles y que contemplen la participación de las comunidades. En materia de tierras se recomienda la ampliación del Fondo de Tierras que maneja CONADI y se hace

²³ Yáñez, Nancy, Derechos humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1990. Pág. 157.

²⁴ Informe que fue presentado a la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y social de las Naciones Unidas en noviembre de 2003.

referencia a los graves problemas relativos a derechos de propiedad sobre la tierra, especialmente en tierras mapuche. Finalmente en materia de Administración de Justicia se recomienda no aplicar la actual ley antiterrorista a las acciones de lucha por los derechos indígenas, y la incorporación de normas internacionales en la puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal. Los demás informes se refieren a los mismos ejes temáticos pero de forma más específica, poniendo énfasis en la observancia de los respectivos pactos o convenciones²⁵.

En efecto, en materia legislativa el Comité DESC y el Comité de derechos del Niño recomiendan, al igual que el Informe del Relator, el reconocimiento constitucional y la ratificación del convenio 169. En materia de Administración de justicia el Comité de DCP señala la necesidad de redefinir de una manera más precisa los delitos de terrorismo. En materia de pobreza es interesante la recomendación que sugiere recopilar datos desagregados sobre las poblaciones separándolos por urbano- rural, indígena y no indígena, por etnia y sexo, que permitiría una mejor focalización de los esfuerzos de lucha contra la pobreza y la desigualdad, formulada tanto por el Relator especial como por el comité de derechos del niño. Sobre educación hace énfasis en la educación intercultural bilingüe, en favorecer la permanencia de los niños en el seno de sus familias. En materia de Tierras el informe DCP hace énfasis en la necesidad de que las comunidades sean consultadas y participen en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales de las tierras ancestrales. En suma, los instrumentos señalados son concordantes en la identificación de áreas problemáticas y en el enfoque de las recomendaciones, las que van dirigidas tanto al estado como a la comunidad internacional, la sociedad civil y la comunidad académica.

Las demandas indígenas hoy en día son de diversa naturaleza y están dirigidas principalmente al estado. Por un lado hay demandas de carácter individual, que apuntan a poner término a situaciones de discriminación económica, social cultural y política de la que son objeto en diversas formas y magnitud en la totalidad de los estados. Por otro lado son las demandas de carácter colectivo las que con

²⁵ Toledo, Victor, *Cuadro integrado de recomendaciones al Estado de Chile relativas a derechos de los pueblos indígenas*, Centro de Políticas públicas y Derechos Indígenas.

mayor fuerza los movimientos indígenas han hecho presentes, éstas apuntan a la introducción de cambios en aspectos jurídicos y políticos que corrijan los problemas estructurales que afectan la relación de los indígenas con los estados y las sociedades no indígenas impidiendo su desarrollo.

En el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas es posible identificar en el ámbito de los derechos colectivos cinco demandas que son centrales y comunes a los pueblos indígenas del continente²⁶:

1. El derecho a la autodefinición y a un status legal: Las organizaciones indígenas reclaman el derecho a la autoidentificación tanto individual como colectiva, rechazando las definiciones unilaterales que hasta ahora han sido facultad de los estados.

2. Derecho a la tierra y al territorio: Esta es una demanda central por cuanto el territorio es la base de la estructura social, cultural y de su identidad como pueblo. En otras palabras el territorio es el espacio físico en el cual es posible el desarrollo y por lo tanto la preservación de una cultura. Por esta razón, la tierra así como también los recursos naturales que ella contiene son considerados como bienes esencialmente recursos colectivos.

3. La identidad cultural: Los pueblos indígenas reclaman el reconocimiento y desarrollo de su identidad cultural propia que incluye el idioma, la religión, el conjunto de tradiciones y expresiones artísticas entre otras manifestaciones culturales.

4. Organización social y costumbre jurídica: Esta demanda incluye el reconocimiento de formas tradicionales de autoridad local, mecanismos de designación de representantes, formas tradicionales de resolución de conflictos y aplicación de normas jurídicas propias en diversos temas patrimoniales, de familia y de uso de los recursos.

²⁶ Aylwin, José. *Ombudsman y derechos indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2006. Pag 28 y 29.

5. Participación política: Esta demanda incluye como elemento central el derecho a la libre determinación que está reconocido en el derecho internacional y que se concreta a través de la autonomía y el autogobierno. Esta es una de las demandas más resistidas por los estados ya que es considerada la antesala de la secesión.

En nuestro país la situación actual es que en el contexto de la recuperación de la democracia diversos proyectos de reforma al ordenamiento jurídico han sido impulsados, llevando a la aprobación de la actual ley indígena N° 19.253 sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas. Si bien esta ley representa un avance en el reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas, es claramente insuficiente para garantizar el adecuado ejercicio y respeto de los derechos humanos de estos pueblos, principalmente porque carece en forma notoria de consideración por los derechos colectivos.

En Chile, a diferencia de otros países de la región, aun están pendientes temas fundamentales en este sentido, como son el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, la aprobación del convenio N° 169 de la OIT y una adecuada revisión de la legislación sectorial que si bien no se refiere al reconocimiento de derechos indígenas específicos, les afecta de diversas maneras en el ejercicio de estos, por tratarse de temas que dicen relación con sus formas de vida, subsistencia y control sobre sus territorios ancestrales y recursos naturales esenciales para sustentar sus estrategias productivas

SEGUNDA PARTE

Revisión y análisis de proyectos

1.- INTRODUCCIÓN

Este trabajo se realizó en varias etapas. Previo al trabajo específico a que se refiere este capítulo, fue necesario un acercamiento al tema desde lo conceptual, así como también una actualización de la información y de la contingencia sobre el problema indígena. A la luz de éstos antecedentes se definió el ámbito de investigación y se establecieron criterios para la selección del material, para luego comenzar el desarrollo del aspecto medular de éste trabajo.

En primer lugar se examinó globalmente el conjunto de proyectos que están en cualquier etapa de tramitación y que aparecen en la base de datos que la biblioteca del Congreso Nacional tiene disponibles en su página web²⁷. De estos se seleccionaron aquellos que en su título indicaban que se referían específicamente a materias indígenas, así como también, los proyectos que decían relación con temas que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, a saber proyectos relacionados con tierras, agua, derecho forestal entre otros. Al finalizar esta primera etapa se obtuvo un número aproximado de 50 proyectos.

Luego se realizó una segunda revisión, esta vez más exhaustiva, que consistió en una lectura de los proyectos seleccionados, para interiorizarse de sus contenidos. Producto de esta segunda etapa, los proyectos seleccionados se redujeron a 33, por ser considerados los más atingentes para efectos de nuestro análisis. Se incluyeron dentro de este número algunos proyectos archivados y otros que ya fueron aprobados, considerando su especial relevancia para los objetivos de este trabajo. Hemos dejado afuera para efectos de este análisis el tratamiento de la propuesta de un estatuto de autonomía para la Isla de Pascua, el cual por su gran extensión y especialidad requeriría un análisis a parte. Dicho estatuto corresponde a un acuerdo de voluntades que se celebró entre el Estado y los gobernantes del pueblo Rapa Nui suscrito en 1888 cuya ratificación por parte del Congreso esta aún pendiente²⁸.

²⁷ <http://www.bcn.cl>

²⁸ La Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (año 2001), en su informe recomienda que prontamente se lleve a cabo la ratificación de dicho acuerdo de voluntades por parte del Congreso.

En una primera mirada se hizo evidente lo heterogéneo de los proyectos en varios aspectos. Para efectos de clasificación se ocuparon como base los criterios sugeridos en el Manual de Derechos de los Pueblos Indígenas elaborado por el Instituto Interamericano de Derecho Humanos (IDDH) y las prioridades que se expresan en las demandas y conflictos que viven actualmente los pueblos indígenas en nuestro país, sobre las que da cuenta el Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, realizado por el Relator de las Naciones Unidas, el señor Rodolfo Stavenhagen, el año 2003, así como también Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2004), Informe del el Comité de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2007)

2.- RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

La idea tradicional de nación implica una homogeneidad étnica y cultural de la población, en palabras del antropólogo mexicano Héctor Díaz-Polanco: “La idea de nación se vincula a un solo pueblo, que corresponde a una determinada identidad sociocultural o étnica. La idea de nación-pueblo, mira con recelo la idea de heterogeneidad étnica. Se tiende a bloquear el reconocimiento de la composición multicultural o pluriétnica de las sociedades enmarcadas en los respectivos estados-nación. La tendencia liberal se basa en la “simetría ficticia” propia de la lógica de la concepción individualista de la nación en la que solo hay ciudadanos. Pero es indiscutible que históricamente el desconocimiento de la pluralidad étnica de la nación mexicana ha generado desigualdades socioculturales en perjuicio de los pueblos indios y privilegios para las personas comprendidas en la llamada “identidad nacional” dominante”.

Esta afirmación respecto de la nación mexicana es válida para Chile y todos los países latinoamericanos que comparten una realidad sociocultural similar. En este contexto el proceso, aún inconcluso, de que los países se reconozcan a sí mismos como multiculturales y multiétnicos, ha sido producto de un esfuerzo significativo de las comunidades en defensa de su identidad. Este proceso, que abarca todos los aspectos de la estructura social, requiere de un adecuado marco institucional que comienza por su consagración en la Constitución, por cuanto ésta es la base del ordenamiento jurídico.

Durante las últimas dos décadas, como fruto de los procesos de recuperación democrática que vive buena parte de los estados en América Latina, la mayoría de ellos ha introducido en sus ordenamientos jurídicos modificaciones a favor de ampliar la órbita de reconocimiento los derechos humanos, lo que incluye los derechos específicos relativos a los pueblos indígenas. Estas reformas han acogido en forma gradual, al menos en parte, las demandas de los pueblos originarios que habitan dentro de sus fronteras, siendo el reconocimiento constitucional del carácter multiétnico de los estados una de las más básicas y relevantes.

Se hace necesario puntualizar que el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, tanto a nivel constitucional como a nivel legal, si bien parte por reconocer el componente multicultural de una sociedad, abarca una amplia gama de derechos políticos, económicos, sociales y culturales. Uno de los temas que más resistencia genera, por parte de los estados, es el de la autodeterminación, por las consecuencias jurídico-políticas que este derecho conlleva.

2.1.- Reconocimiento Constitucional

El reconocimiento del carácter pluriétnico de los estados y de las sociedades que los componen está consagrado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países de Latinoamérica, a nivel constitucional. Es así como la Constitución de Colombia (1991) señala “El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. (Artículo 7). La Constitución de Perú (1993) establece “El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación” (Artículo 2 inciso 19); Bolivia (1994) se reconoce como “libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural” (Artículo 1) y Ecuador se reconoce en términos similares como “un estado de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”.

A diferencia de otros países de la región, hoy en día en Chile no existe reconocimiento constitucional de las etnias, de los pueblos indígenas ni del carácter pluriétnico y multicultural del Estado. La Constitución Política de la República de 1980, no reconoce en modo alguno la existencia de los pueblos indígenas en Chile. En nuestro país sólo existe un reconocimiento de las etnias²⁹ a nivel legal, a través de la Ley N° 19.253. La disputa actual está enfocada a subir el estándar de reconocimiento a nivel constitucional, encontrándose en etapa de tramitación dos proyectos de reforma constitucional que incorporan el reconocimiento del carácter pluriétnico de la nación.

²⁹ Según Roland Bretón el concepto de etnia consiste en un grupo de individuos unidos por un complejo de caracteres comunes – antropológicos, lingüísticos, políticos, históricos – cuya asociación constituye un sistema propio esencialmente cultural.

La importancia del reconocimiento a nivel constitucional se fundamenta en el principio de supremacía constitucional, consagrado en la Constitución Política de la Republica en los artículos 6º el cual dispone que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de ésta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Dicho de otro modo, la Constitución al ser la “norma superior del ordenamiento, regula la producción normativa y las fuentes del derecho³⁰” otorga un sólido marco de valores y principios que impregnan cada una de las normas y actos que se realizan dentro de un Estado de Derecho.

En una sociedad muticultural existen diversos grupos intermedios y pueblos con diferentes intereses, que responden a paradigmas culturales diversos, cuya promoción y protección, requiere un reconocimiento como tal. En Chile los pueblos indígenas reivindican derechos e intereses colectivos. Dentro de este contexto, “la teoría de los derechos individuales ha resultado ineficiente para resguardar estos derechos o asuntos sociales que son eminentemente colectivos, tanto desde la perspectiva de los sujetos que son sus titulares o están involucrados en estos procesos, como desde la naturaleza misma del derecho o interés³¹”. Un adecuado reconocimiento constitucional debe dar cuenta de esta particularidad, de ciertos aspectos básicos tanto en la forma como en el contenido, que dan cuenta de las necesidades de dichos pueblos y grupos intermedios. Tales aspectos básicos se desprenden de los estándares internacionales, específicamente los establecidos en el Convenio Nº 169 de la OIT y de la demanda indígena recogida en el Informe del Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas³².

³⁰ Verdugo, Mario, Pfeffer Emilio, Nogueira Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999. Pág. 131.

³¹ Yañez, Nancy. Derecho de Agua y gestión ciudadana en los Andes. Proyecto Visión Social del Agua. CGIAB/IDRC. Septiembre, 2005. Pag 3.

³² Stavenhagen, Rodolfo, (Relator Especial ONU) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Misión Chile, ONU Consejo Económico Social, E/CN.4/2004/80Add.3, 17 de noviembre 2003.

En esencia, debe darse reconocimiento, como mínimo a los siguientes derechos:

- 1.- Derechos especiales de representación.
- 2.- De libre determinación y autogobierno.
- 3.- Derechos pluriétnicos y culturales.

Tales aspectos, son fundamentales en el plano del respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas, los que, al no estar consagrados a nivel constitucional, quedan postergados y cualquier otra norma legal se pone por sobre estos derechos. La reforma constitucional da un marco jurídico apropiado.

Actualmente se encuentran en etapa de primer trámite constitucional en el Congreso Nacional, dos proyectos de reconocimiento constitucional. El primero de ellos, que propone el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el estado, fue ingresado el 6 de julio de 1999³³. En lo medular propone lo siguiente:

- Agregar al inciso 1º de la Constitución política de la República el párrafo: “El Estado reconoce a los pueblos indígenas originarios que integran a nación chilena y les garantiza el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico”.
- La inclusión en el Congreso Nacional de 3 senadores y 10 diputados indígenas, elegidos por los propios integrantes de las etnias, para lo cual se crearía un registro electoral indígena.
- La participación de representantes indígenas en la administración comunal. Por cada 5% de población indígena existente en una comuna se propone elegir un concejal.
- Participación indígena en el Consejo Regional
- Creación de un parlamento indígena.

³³ Reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado. N° 2360-07. Ingreso: 6/7/1999. Etapa actual: primer trámite constitucional.

Este proyecto representa un avance significativo, por cuanto reconoce la existencia de los pueblos indígenas, cuestión que acarrea múltiples implicancias favorables, para el reconocimiento de todos los demás derechos. Sin embargo, se hace evidente que tiene falencias en el tema del otorgamiento de participación política dentro del estado. Por una parte no considera la noción de autodeterminación, derecho fundamental de todos los pueblos consagrado en múltiples instrumentos internacionales. Por otra parte, si bien propone la incorporación de representantes indígenas en el poder legislativo, en instancias de gobierno y administración, no toma en cuenta las autoridades y derechos propios, generación de derecho propio e instancias político administrativo y de justicia, de acuerdo a los modelos organizativos indígenas³⁴.

El segundo proyecto con relación al reconocimiento constitucional de pueblos indígenas fue ingresado a tramitación en el Congreso Nacional con fecha 10 de enero 2006, encontrándose a la fecha en etapa de primer trámite constitucional³⁵.

Este proyecto propone intercalar en el artículo 1º de la Constitución la frase “la nación chilena es una e indivisible” y luego, en el mismo artículo, el párrafo final “Especialmente la ley garantizará el derecho a desarrollar, conservar y fortalecer el idioma, identidad, instituciones y tradiciones sociales espirituales y culturales de los pueblos indígenas que son parte de la nación chilena”.

Esta iniciativa, mucho más restringida que la anterior, significa un paso atrás en relación a la anterior propuesta, por cuanto no considera, de ninguna forma, la consagración de derechos especiales de representación ni tampoco incorpora el resto de los estándares internacionales en materia de reconocimiento, que incluyen el derecho a la autodeterminación y autonomía y los derechos pluriétnicos y culturales.

³⁴ Un interesante ejemplo de sincretismo en el plano jurídico, se ha llevado a cabo en Bolivia desde 1995, en donde se han reconocido e incorporado legalmente los modelos comunales indígenas, por su “gran vitalidad y riqueza para manejar y controlar recursos naturales y conflictos interpersonales de diversa índole”. En: Orellana Halkyer René, *Interlegalidad y Campos Jurídicos*. Universiteit van Amsterdam, 2004.

³⁵ Establece una reforma constitucional sobre pueblos indígenas. N° 4069-07. Ingreso: 10/1/2006. Etapa actual: primer trámite constitucional.

Cabe destacar, que en éste último proyecto se hace evidente que existe un gran temor a las implicancias jurídicas y políticas del acto de reconocimiento, lo que queda de manifiesto, al no incorporar ningún derecho especial en materia de reconocimiento y al proponer que se intercale la frase “la nación chilena es una e indivisible”, lo que demuestra el temor de la secesión o desmembramiento territorial. Esta frase más que una reforma que reconoce derechos a los pueblos indígenas es una “advertencia o amenaza”³⁶ ante supuestas aspiraciones independentistas.

2.2.- Reconocimiento a nivel legal

Como se señaló anteriormente, en Chile sólo existe reconocimiento de las etnias indígenas a través de la Ley N° 19.253, “sobre protección, fomento y desarrollo indígena”, promulgada el año 1993, la cual significó un gran avance en la relación del estado con los pueblos indígenas, por cuanto a través de ella, por primera vez el estado reconoce derechos específicos a los indígenas, entre otros; derechos de participación, derecho a la tierra, derechos culturales y la incorporación de las comunidades y asociaciones indígenas, como sujeto colectivo de derecho, con lo cual se otorga una importante base legal que da cuenta de la naturaleza colectiva de los derechos de dichos pueblos.

Sin embargo, en materia de reconocimiento es deficiente, ya que solo da cuenta de la existencia de las etnias indígenas de Chile (artículo 1º), pero no les reconoce el carácter de Pueblos como lo hace el Convenio N° 169 y como lo han demandado las organizaciones indígenas. La Ley establece, en su artículo 1º inciso 2º, una enumeración no taxativa de las “principales etnias” de Chile, entre las que señala a las siguientes: “Mapuche, Aymara, Atacameño, Rapa Nui o Pascuense, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del Norte del País, las comunidades Kawéskar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los Canales Australes”.

Recientemente se promulgó una modificación del artículo primero inciso segundo, agregándole la palabra “diaguita”³⁷. Esta modificación a la ley indígena si

³⁶ Magdalena Gómez, Chile y su contrarreforma indígena. La jornada de México 31 de enero 2006.

³⁷ Proyecto de ley que establece normas sobre pueblos indígenas y la calidad de indígena diaguita. N° 3023-01. Ingreso: 8/8/2002. Etapa: segundo trámite constitucional.

bien se fundamenta en la voluntad de otorgar reconocimiento a la etnia diaguita, hasta ahora considerada extinta por muchos autores, no tiene, a nuestro juicio, una relevancia significativa, por cuanto se incluyó la palabra diaguita a una enumeración de pueblos que no tiene el carácter taxativo por lo que no genera en la práctica ninguna diferencia con la situación anterior desde el punto de vista legal. De acuerdo a la Ley, en la forma en que regía antes, las personas pertenecientes a la etnia diaguita, al igual que las pertenecientes a cualquier otra etnia que habite en el territorio nacional, podía acceder al reconocimiento de su calidad indígena si cumple con los requisitos de ascendencia y pertenencia al grupo que la Ley exige.

En este mismo sentido existe hoy en tramitación un nuevo proyecto de ley en virtud del cual se propone insertar en el artículo 1 inciso 2º, de la Ley Indígena, la expresión “Changos”³⁸.

Más allá del carácter nominal que a nuestro juicio tiene la mención de una determinada etnia en la Ley Indígena, nos parece relevante ahondar sobre la posibilidad de dar un reconocimiento legal más profundo al pueblo Diaguita, otorgándoles también a ellos los derechos establecidos en las disposiciones particulares complementarias para los indígenas del norte del país, a saber Aymaras, Atacameños, Quechuas y Coyas. Dadas las características antropológicas y etnográficas del pueblo Diaguita, su ubicación geográfica y la contingencia que desde hace algunos años se está viviendo en el Huasco Alto, relativa a vulneración de derechos territoriales y de agua³⁹, consideramos de vital importancia para el respeto y protección de sus derechos, que se les extienda la aplicación de los artículos N° 63 y 64⁴⁰ de la Ley Indígena. Dichos artículos otorgan

³⁸ “Proyecto de ley que reconoce la existencia y atributos de la etnia de los changos y la calidad de indígena chango” N° 4941-06 Ingreso: 28 de Mayo 2007. Etapa: primer trámite constitucional.

³⁹ A modo de ejemplo, desde hace algunos años se ha impedido sistemáticamente el acceso a zonas de la alta cordillera del Huasco Alto, que ancestralmente eran utilizadas como lugares de veranadas por lo crianceros diaguitas. Tal situación es una, entre otros casos de vulneración de derechos que se han dado lugar en el Huasco Alto.

⁴⁰ Artículo 63: La Corporación, en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de las comunidades señaladas en este párrafo deberá salvaguardar especialmente los siguientes tipos de dominio:

- 1) Las tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprende la casa habitación y terrenos de cultivo y forraje.
- 2) Tierras de propiedad de la Comunidad Indígenas constituida en conformidad a esta ley y correspondientes a pampas y laderas de cultivo rotativas.

especial protección a determinados tipos de propiedad y uso de la tierra y aguas, en atención a las particularidades de los sistemas de vida y necesidades de los pueblos Indígenas de la I y II región.

2.3.- Ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.

En materia de reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas así como de sus derechos, reviste gran relevancia el logro de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, aún en etapa de tramitación en el Congreso Nacional desde el 8 de enero de 1981⁴¹.

El Convenio N° 169 de la OIT trata una gran variedad de temas, entre los que se encuentran los derechos de participación indígena, derechos a la tierra y sus recursos, derecho a la educación, derecho a la salud, condiciones laborales y de contratación y capacitación indígena.

Este Convenio se propone eliminar la orientación a la asimilación de las normas anteriores y reconocer la aspiración de los pueblos indígenas de dirigir su propio desarrollo, fijar sus prioridades y asumir el control de sus instituciones.

Reconoce a los pueblos indígenas como tales y no como poblaciones, así como la demanda de reconocimiento de la auto-identificación como un "criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio"

-
- 3) Tierras patrimoniales de propiedad de varias comunidades indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido.

Artículo 64: Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymara y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena, establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad tales como los ríos, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten las aguas de varias comunidades Indígenas establecidas por esta ley, sin garantizar en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

⁴¹ Acuerdo relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989. N°233-10. Ingreso: 8/1/91. Etapa actual: segundo trámite constitucional.

El Convenio reconoce los derechos de participación de los pueblos indígenas e impone a los estados la obligación de consultarlos de acuerdo a "procedimientos apropiados", a través de sus "instituciones representativas" y de "buena fe" (Artículos 6.1 y 6.2).

Se reconocen algunos derechos que significan avances respecto del autogobierno en asuntos internos y locales, como es el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades, a tener sus instituciones propias y a ejercer control sobre su propio desarrollo.

En la segunda parte del Convenio se reconocen los derechos al territorio. En el artículo 13.1 se señala la "importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios". Define territorio como: "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (Artículo 13.2).

También se refiere a la necesidad de reconocer sus derechos de "propiedad y de posesión" sobre las tierras que ocupan "tradicionalmente" (artículo 14.1), a la responsabilidad de los gobiernos en adoptar las medidas necesarias para "determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión" (Artículo 14.2) y estipula que deberán "instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados" (Artículo 14.3)

El artículo 15 protege los derechos indígenas sobre los recursos naturales vinculados a sus tierras. Establece el derecho de participación de los indígenas "en la utilización., administración y conservación de dichos recursos" (Artículo 15.1). En los casos en que el estado mantenga la propiedad sobre recursos minerales o del subsuelo o derechos a otros recursos pertenecientes a las tierras, los gobiernos deberán "establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían

perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras".

En relación con el problema de la relocalización de pueblos indígenas, el convenio en su artículo 16 establece una prohibición general de la relocalización al señalar que "los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan" (Artículo 16.1). Este fenómeno que ha sido uno de los principales mecanismos de despojo de tierras indígenas debe llevarse a cabo sólo "excepcionalmente", con "su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa"(Artículo 16.3.4). También se establece el derecho a retornar a sus tierras tradicionales una vez que hayan cesado los motivos de la relocalización. Se exige el pago de la compensación económica, cuando corresponda (Artículo 16.3.4), y el respeto a "las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidos por dichos pueblos" (artículo 17.1).

Considerando que algunos pueblos han quedado fragmentados por las fronteras de los estados nacionales, este convenio impone a los gobiernos la obligación de adoptar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.

En materia laboral, el convenio regula las condiciones de contratación y empleo de los indígenas en lo referente a acceso al trabajo, remuneración igualitaria, acceso a todas las prestaciones de la seguridad social y derechos de sindicalización y libre asociación.

Impone a los gobiernos la obligación de resguardar la pertinencia de los programas de formación profesional destinados a los pueblos indígenas, (artículos 21 y 22). El objetivo es que junto con la igualdad de oportunidades de acceso a la formación profesional general, existan programas especiales de formación consideren el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos indígenas. Poner a disposición servicios de

salud adecuados que deberán planificarse en conjunto con los pueblos indígenas, teniendo en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales (artículo 25).

En educación se establecen criterios similares: los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos indígenas deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

Especial relevancia tienen las medidas destinadas a preservar las lenguas indígenas de los pueblos y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Así mismo establece la obligación de los estados de darles a conocer a los pueblos indígenas sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe el trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos derivados del presente Convenio.

Finalmente establece medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, concluye el Convenio, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

El Convenio N° 169 de la OIT es el único cuerpo global de legislación internacional referido específicamente a los derechos de los pueblos indígenas. Su aplicación depende de la legislación interna de cada país y de su viabilidad política en el marco de los planes y programas de los gobiernos. Los pueblos indígenas lo critican por su poca eficacia, y los estados porque no resguarda adecuadamente sus intereses. Con todo este Convenio constituye una base para continuar

desarrollando un marco para los derechos de los pueblos indígenas dentro de la legislación internacional.

El Convenio ha sido ratificado a la fecha por 13 estados 11 de Latinoamérica, más Canadá y Estados Unidos. A pesar de su ambigüedad en algunos aspectos y las dificultades de la OIT para hacerlo exigible por todos los estados, se ha aplicado en múltiples situaciones con implicancias relevantes para el desarrollo de los pueblos indígenas en la región. Ha contribuido al reconocimiento legal y constitucional de los derechos de estos pueblos en muchos países, ha servido de base para el logro de acuerdos entre pueblos indígenas y estados como ha ocurrido en México y Guatemala, y sus disposiciones han fundamentado decisiones de los tribunales de justicia en causas judiciales en diversos países.

Desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas que habitan en Chile, reviste especial relevancia la ratificación de éste Convenio, por cuanto de acuerdo con el artículo 5º inciso final de nuestra Constitución Política de la República “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

3.- DISCRIMINACIÓN

El derecho a la no discriminación se basa en el principio de igualdad, uno de los principios fundamentales de la doctrina de los derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su artículo 2º que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y luego, en el artículo 7º establece que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. A nivel Constitucional el principio de la no discriminación esta consagrado como una garantía fundamental en los artículos 1 inciso 1º el cual señala que; “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y el artículo 19 n° 2⁴² y 3⁴³ de la Constitución Política de la Republica.

La gran importancia de dicho principio, se manifiesta en su amplia consagración, en múltiples instrumentos internacionales, la mayoría de ellos ratificados por Chile. Entre estos destacan “La Convención Americana de los Derechos Humanos”, de la OEA (ratificada en 1990); la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, de la ONU (ratificada en 1971); el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, de la ONU (ratificada en 1972); el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, de la ONU (ratificada en 1972); la “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, de la ONU (ratificada en 1988); la “Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, de la ONU (ratificada en 1989); y la “Convención Sobre los Derechos del Niño”, de la ONU (ratificada en 1990).

No obstante el amplio reconocimiento jurídico del principio de no discriminación, en Chile los indígenas y sus comunidades, han sido históricamente víctimas de la exclusión, discriminación y negación, lo que ha ocasionado un

⁴² Artículo 19 n° 2: “La Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

⁴³ Artículo 19 n° 3: “La Constitución asegura a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

sinnúmero de consecuencias negativas para dichos pueblos. En este sentido Stavenhagen señala en su informe que “Existe estrecha correlación entre pobreza e identidad indígena en el país. La mayoría de los indígenas y especialmente los mapuches de la Araucanía acusan altos índices de pobreza y bajos índices de desarrollo humano, resultado de la larga historia de discriminación y exclusión social que han sufrido, especialmente durante la dictadura militar”.

Luego de la recuperación de la democracia, como país hemos avanzado en materia de igualdad, sin embargo en la presente revisión hemos detectado tendencias que dan cuenta de que aún persisten ideas fuertemente discriminatorias. Como manifestación de esta tendencia, se detectaron varios proyectos que caben dentro de lo que se ha denominado proceso de “criminalización de las demandas indígenas”, que consiste básicamente en una desproporcionada y discriminatoria reacción del estado ante conflictos territoriales con los mapuches, que pasaremos a revisar en el capítulo referido a acceso a la justicia.

Actualmente existen tres proyectos de Ley en tramitación en el Congreso Nacional tendientes a asegurar la observancia del principio de no discriminación. Como veremos, dos de ellos están enfocados solamente en el tratamiento penal de las conductas discriminatorias y el tercero, que también se refiere en parte a materia penal, es más amplio y enfrenta el problema de la discriminación por medio de otras vías:

1.- “Proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica”⁴⁴, en tramitación desde el año 1998 propone a través de la modificación de diversas leyes, la creación de delitos y agravantes. Esta moción propone incorporar al código penal un artículo que en forma expresa penalice los actos de discriminación y violencia en razón del origen étnico, el origen nacional y la religión. Los define como delitos simples y establece la pena de reclusión menor en su grado mínimo para quien cometa estos actos. También modifica la ley que penaliza las publicaciones que inciten al odio, hostilidad o menosprecio hacia personas o colectividades en razón de su origen, nacionalidad o religión.

⁴⁴ Proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica. N° 2142-17. Ingreso: 3/3/1998. Etapa: primer trámite constitucional.

2.- “Proyecto de Ley que establece una nueva agravante de responsabilidad criminal fundada en la comisión de delitos por motivaciones racistas, xenofóbicas o discriminatorias”⁴⁵ en tramitación desde el año 2002. Este proyecto se propuso en el contexto de la conmoción pública causada por actos de xenofobia y homofobia en diversas ciudades del país, en que se ha atacado con extrema violencia a minorías étnicas y sexuales.

Propone la creación de una nueva agravante general de responsabilidad criminal, que permita reprimir con especial celo, al hacer más gravosa la pena, aquellos ilícitos cometidos por motivaciones xenofóbicas, racistas o simplemente discriminatorias. En específico propone agregar al artículo 12 del Código Penal, una nueva agravante, consistente en “realizar el delito motivado por razones de raza, étnicas, religiosas, culturales o de opción sexual”.

3.- “Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación”⁴⁶. Ingresado el año 2005. Este proyecto consiste en la creación de una nueva ley que se propone regular de forma más integral el problema de la discriminación, recogiendo en su espíritu, una extensa y acabada propuesta normativa desarrollada por la sociedad civil. Algunas de las disposiciones descansan en las propuestas originales de agrupaciones de defensa de derechos de minorías, derechos humanos, y de parlamentarios que han propuesto reformas legales en este sentido.

La propuesta impone la obligación al estado de “elaborar las políticas y arbitrar las acciones que sean necesarias para garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el pleno, efectivo e igualitario goce y ejercicio de sus derechos y libertades” así mismo dispone que el “Estado podrá establecer distinciones o preferencias destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o grupos de personas”, consagrando el principio de discriminación positiva.

⁴⁵ Proyecto de Ley que establece una nueva agravante de responsabilidad criminal fundada en la comisión de delitos por motivaciones racistas, xenofóbicas o discriminatorias. N° 2979-07. Ingreso: 20/6/2002. Etapa actual: primer trámite constitucional.

⁴⁶ Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación. N° 3815-07. Ingreso: 22/3/2005. Etapa actual: segundo trámite constitucional

Luego propone la creación de una “acción especial de no discriminación”, recurrible ante la Corte de Apelaciones. Esta nueva acción busca favorecer a todas las personas y grupos objetos de discriminación en cualquiera de sus formas, entre ellas la discriminación que sufren los pueblos indígenas y que es causa de enormes injusticias, limita sus posibilidades de desarrollo y conservación de su identidad y cultura.

Por último incorpora una norma penal especial agravante agregando un nuevo numeral al artículo 12 del código penal que consiste en “Cometer el delito por una motivación discriminatoria fundada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual”.

La discriminación es un problema transversal en la estructura social, por cuanto abarca muchos ámbitos de la vida y se manifiesta de muchas formas. Las conductas discriminatorias, en nuestro país están en gran forma enraizadas en la institucionalidad, y no se exteriorizan siempre de forma explícita y violenta. La sistemática negación de una cultura, el no reconocimiento de un pueblo, sus formas de vida, su organización social y en suma la violación de sus derechos fundamentales en forma tanto individual como colectiva constituye una conducta discriminatoria. En este sentido consideramos que el agravamiento de penas para quienes cometen un hecho discriminatorio y la creación de un delito específico de discriminación no representan una solución profunda a la situación que por siglos han sufrido los pueblos indígenas en Chile. Dicho de otro modo, este tipo de soluciones, son, a nuestro juicio, útiles para casos específicos de maltrato y violencia por causas racistas o xenofóbicas pero no dan solución a los aspectos fundamentales y profundos del tema, los cuales requieran modificaciones en toda la institucionalidad del país así como un profundo cambio cultural.

De esta necesidad de soluciones integrales en materia de discriminación en contra de los pueblos indígenas, da cuenta lo señalado en la “Declaración de los pueblos indígenas de América ante la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la

discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia” realizada en Santiago de Chile, en diciembre del año 2002. En esta declaración, los pueblos indígenas participantes, adoptaron propuestas que constituyen nuevas exigencias hacia los estados basados en la deuda histórica que éstos tienen con dichos pueblos. Entre tales exigencias, se encuentra la adopción de un adecuado marco jurídico y medidas específicas tendientes a lograr un efectivo reconocimiento de los pueblos indígenas, el derecho sobre sus tierras territorios y recursos naturales, al reconocimiento de sus propios sistemas jurídicos e instituciones con la idea de lograr un adecuado desarrollo político, social, económico, educacional y cultural.

4.- ACCESO A LA JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO

El derecho al debido proceso o derecho al juicio justo esta garantizado en la Constitución política de la Republica, la cual dispone en su artículo 19 nº 3 inciso 5 que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un procedimiento previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” el cual comprende también el derecho a defensa, a igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y el derecho a un tribunal común previamente establecido por la ley, todos estos derechos, consagrados en el artículo 19 nº 3, así como en el Código Procesal Penal. El derecho al debido proceso esta, así mismo, reconocido en todas las declaraciones internacionales formuladas en materia de derechos fundamentales. A este respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o la Ley” (artículo 8º), y que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (artículo 10º). Este principio se refiere a lo que en doctrina se ha denominado “racional y justo procedimiento”, el cual no puede concretarse sin un adecuado acceso a la justicia.

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas, es un tema aún sin resolver. Como consecuencia de la marginalidad económica, política y social se derivan dificultades de acceso, a los que se suman los obstáculos provenientes de la falta de adecuación de los sistemas legales y jurisdiccionales, a las especificidades culturales y lingüísticas⁴⁷ y a las dinámicas sociales diversas. No se consideran las formas propias ancestrales de resolución de conflictos lo que genera tensiones con el régimen jurídico nacional.

El acceso a la justicia debe ser considerado en si mismo un derecho humano, garantizado por el ordenamiento jurídico de los estados a través de un

⁴⁷ En éste sentido, el Código Procesal Penal (artículo 291) ha introducido la posibilidad, para las personas que no hablan el idioma Castellano, de intervenir en el juicio oral a través de interpretes.

conjunto de otros derechos: al debido proceso, a la defensa oportuna, a la gratuidad.

Un adecuado sistema debe velar por que se garantice que las condiciones de vulnerabilidad jurídica puedan ser amparadas por la institucionalidad. Si bien hay progreso en el campo del acceso a la justicia, este resulta insuficiente para garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Hay serias deficiencias en la calidad de las soluciones, la oportunidad y celeridad con que los asuntos son resueltos y los costos económicos que ellos implican.

Instituciones como el Defensor del Pueblo, las Comisiones de derechos humanos y el Ombudsman han surgido en diferentes países de la región como un vigoroso factor de avance en el acceso de los pueblos indígenas a la justicia.

Estas instituciones han resultado ser claves en la defensa y promoción de los derechos humanos, así como en la vigilancia del trabajo de los gobiernos en estas materias y la rendición de cuentas por parte de éstos. También han sido factor de fortalecimiento de los mecanismos de representación y comunicación entre las personas y los grupos vulnerables en el ámbito del acceso a la justicia.

Actualmente se encuentra en tramitación la creación de la figura institucional del Defensor Ciudadano⁴⁸, el cual tiene por objetivo la protección y defensa de los derechos ciudadanos frente a las actividades que el Estado desarrolla para satisfacer las necesidades de la colectividad. Proyecto que no esta directamente referido al ámbito indígena, pero que al elevar las exigencias sobre la gestión estatal, implica un mejor funcionamiento de la administración estatal en general, así como una mejor protección de las personas naturales y de grupos intermedios frente a la administración, por cuanto constituye un control externo autónomo.

Por su parte el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ha desarrollado un proyecto de "Acceso a la Justicia de las personas y los pueblos indígenas" que abarca diez países de Latinoamérica y plantea que el acceso a la justicia es una condición para el disfrute y la protección de los derechos humanos

⁴⁸ Proyecto de ley: Crea el Defensor Ciudadano. N° 342907. Ingreso: 4 de dic 2003. Etapa actual: Primer trámite constitucional, Primer informe de Comisión Legislación y Justicia.

de los pueblos y personas indígenas. Dicha iniciativa plantea la creación de instituciones tales como el Ombudsman y el fortalecimiento de servicios que contribuyan al mejoramiento del acceso a la justicia. Dentro de este contexto, el año 2005, el gobierno elaboró el proyecto de ley⁴⁹ sobre creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el cual se encuentra en tramitación.

El proyecto referido, toma en cuenta los modelos comparados del Ombudsman, Defensor del Pueblo y Comisiones Nacionales de Derechos, proponiendo la formación de una corporación autónoma de derecho público, cuyo objeto, es la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, a través del desarrollo de actividades tales como la elaboración de un informe anual que deberá presentarse al Presidente de la Republica, promoción de proyectos de ley, resguardo de antecedentes y recopilación de información que diga relación con la violaciones a los derechos humanos, difusión, entre otras. Sin embargo dicha iniciativa adolece de deficiencias orgánicas que limitan su autonomía y no se ajusta a los estándares que deben regir estas instituciones (Ombudsman y equivalentes), establecidos por los principios de París, razón por la cual ha sido recientemente cuestionada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos Humanos.

En efecto en los principios de París, relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, elaborados el año 1992 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se consagra la garantía de autonomía, pluralismo e independencia respecto del Estado que deben tener este tipo de instituciones tanto en su conformación como en su funcionamiento, estableciendo expresamente que “de incluirse representantes de la administración, estos sólo participarán en el debate a título consultivo” y otorga un rol fundamental en la composición institucional a los representantes de la sociedad civil preocupados de la promoción y protección de los derechos humanos, quienes participan principalmente a través de organizaciones no gubernamentales y sindicatos, entre otras. Dicho principio es vulnerado en la estructura del Instituto Nacional de Derechos Humanos que se propone, el cual consta de tres órganos: en primer lugar, el Consejo, al que le

⁴⁹ Proyecto de Ley que Crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos. N° 3878-17. Ingreso 15 de junio, 2005. Etapa actual: Segundo trámite constitucional.

corresponde la dirección superior, integrado por siete consejeros, de los cuales tres son designados por el Presidente de la República. En segundo lugar, el Director del Instituto a quien le corresponde representar judicial y extrajudicialmente al Instituto, así como ejercer su representación internacional, es elegido por el Consejo de entre los tres consejeros que designa el Presidente. Por último el Consejo Consultivo Nacional, en el cual deben estar representados los organismos sociales y académicos dedicados a la promoción y defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

4.1 Criminalización de las demandas de los pueblos indígenas

Históricamente el conflicto indígena en Chile ha alcanzado su mayor intensidad en relación al pueblo mapuche. Los conflictos en la zona mapuche, específicamente en las regiones VIII, IX y X, en su mayoría dicen relación con las reivindicaciones territoriales. Esta situación ha puesto en evidencia la seria desprotección de las garantías procesales de personas mapuches, a quienes se les aplica una legislación desproporcionada y descontextualizada, como es la Ley Antiterrorista, en virtud de la cual es posible mantener en secreto ciertos aspectos de la investigación, se eliminan las medidas cautelares distintas a la detención provisional y se agravan las penas. Como lo han señalado los propios indígenas, representantes de organismos internacionales y expertos en derecho indígena, esto corresponde a un proceso de “judicialización y criminalización y violación a los Derechos Humanos” que afecta a un gran número de personas del movimiento Mapuche que luchan por reivindicar sus derechos.

La utilización durante los últimos años, de una de las leyes más duras de nuestro ordenamiento jurídico, legado del gobierno militar, constituye una violación de las garantías procesales de numerosas personas, y de las obligaciones jurídicas del estado de Chile de garantizar el respeto de los derechos humanos. Estos procesos han suscitado la preocupación de los organismos internacionales de Derechos Humanos que han hechos ver a las autoridades chilenas la necesidad de implementar otras formas de solución a éstos conflictos.

En este sentido el Informe "Derechos humanos y cuestiones indígenas" del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, de 17 de noviembre de 2003, hace al estado de Chile, entre otras, las siguientes recomendaciones:

- "Bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas.
- "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.
- Que sea revisado el caso de los longos de la IX Región procesados, Pascual Pichún de Temulemu y Aniceto Norín de Didaico, con estricto apego a las garantías de debido proceso establecidas en las normas internacionales de derechos humanos.
- La puesta en práctica de la reforma procesal penal deberá tomar en cuenta las normas internacionales en materia de protección de los derechos humanos, incluyendo el debido proceso de todos los imputados indígenas por motivo de actividades de defensa o protesta social (especialmente con referencia a la utilización de testigos sin rostro y la detención preventiva de los indiciados).
- Que el Gobierno de Chile considere la posibilidad de declarar una amnistía general para los defensores indígenas de los derechos humanos procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de las tierras indígenas."

En términos similares el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas⁵⁰ (DESC), la ONG Internacional Human Rights Watch⁵¹ y el Comité de Derechos Humanos, han manifestado al gobierno chileno su preocupación y han recomendado al Estado de Chile no aplicar la Ley

⁵⁰ Informe del 33º período de sesiones, noviembre 2004.

⁵¹ Informe Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile. Informe publicado en forma conjunta por el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y Human Rights Watch, octubre 2004.

Antiterrorista a “actos relacionados con la lucha social por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas”. Por su parte la Federación Internacional de Derechos Humanos⁵² puntualiza en su informe que “el Estado chileno violó las garantías a un juicio justo y al debido proceso de estas personas, en la medida en que la gravedad de los hechos por los que fueron condenados los imputados mapuche no guarda proporción con la gravedad del tipo delictivo de "terrorismo" y de las penas impuestas en estos casos”. Cabe destacar que calificar de “terrorista” conductas que involucran daños contra la propiedad sin producir riesgos para la vida e integridad física, vulnera los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad del derecho penal. En este sentido el Comité DESC ha expresado su preocupación señalando en su informe que el Estado “debería adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo, de tal manera que se asegure que los procesados no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos”.

Dentro del contexto de alta conflictividad social que existe en la zona Mapuche (Regiones del Bío Bío, de La Araucanía, de Los Lagos y de Los Ríos) relacionado principalmente a reivindicaciones territoriales, se ha visto desde el año 2002 un importante incremento de causas penales contra dirigentes mapuches. En efecto el año 2003 se realizó un juicio por delitos terroristas en contra de dos dirigentes mapuches quienes fueron condenados a la pena de cinco años y un día por el delito de “amenaza incendio terrorista”. Luego el año 2004 se condenó nuevamente a cinco mapuches ligados a la Coordinadora Arauco-Malleco, por los delitos de incendio terrorista y asociación ilícita, a diez años y un día. En tales juicios se ha aplicado la Ley Antiterrorista, en virtud de la cual es posible modificar el proceso penal de aplicación general, a esto se suma que en muchas otras ocasiones se somete a los indígenas a la Justicia Militar, por conflictos por la policía, todo lo cual configura un cuadro de desprotección y vulnerabilidad de sus garantías procesales.

Esta situación ha dado lugar graves e injustas violaciones de diversos principios fundamentales en materia de derechos humanos, ante lo cual, por iniciativa de un grupo de parlamentarios se ingresó a tramitación el año 2006, un

⁵² Informe “La otra transición chilena: derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un estado democrático”. Marzo 20006.

proyecto de ley que en lo medular propone una modificación al Decreto Ley N°321 sobre Libertad Condicional⁵³, posibilitando la obtención de dicho beneficio a los condenados a presidio perpetuo en virtud de las Ley 18.314, por delitos cometidos entre el 1 de enero de 1997 y el 1 de enero de 2006. La aplicación de la Ley Antiterrorista en los casos mencionados en el proyecto, corresponde a un proceso de judicialización, criminalización y violación a los Derechos humanos del cual han sido víctimas no sólo estas personas, sino también otros integrantes del movimiento Mapuche que reivindican sus derechos. La aprobación de este proyecto hubiese permitido que 4 personas que están actualmente presos por la aplicación de la Ley Antiterrorista en la IX región, puedan acceder al beneficio de la libertad condicional. En septiembre de 2006 este proyecto fue rechazado⁵⁴ argumentándose que no obstante haber sido aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, era inconstitucional, por cuanto violaba los principios de Igualdad ante la ley y el principio de generalidad de la misma⁵⁵.

Basándose en la Ley 19.965, sobre indulto general, promulgada en agosto de 2004, se puede solucionar en gran medida al problema de la prisión por delitos con móviles políticos, pues esta ley da a algunos de los beneficiados, la posibilidad de acceder a la libertad condicional, por haber cumplido ya con más de diez años de prisión, o bien obtener beneficios intrapenitenciarios. Sin embargo, se excluyen los condenados a presidio perpetuo por delitos de la ley 18.314, Ley Antiterrorista. La posibilidad de indultar se encuentra vedada al ejecutivo en caso de delitos terroristas conforme al art. 9 de la carta fundamental. En atención a esta limitación, el proyecto incluye un párrafo que establece como condición para acceder al beneficio de libertad condicional que “los condenados suscriban en forma previa una declaración inequívoca y favorable al no uso de la violencia en la reivindicación de derechos establecidos en la Ley 19.253 y en el derecho internacional de los pueblos indígenas”.

⁵³ Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Navarro, Girardi y Letelier, que permite conceder la libertad condicional a condenados por conductas terroristas y otros delitos, en causas relacionadas con reivindicaciones violentas de derechos consagrados en la ley N° 19.253. N° 4188-07. Ingreso: 4/5/2006. Etapa actual: Rechazado.

⁵⁴ Las votaciones fueron 20 votos en contra, 13 a favor y 2 abstenciones.

⁵⁵ Argumentación del Senador García en la Discusión parlamentaria de la sesión 50°, día 6 de Septiembre de 2006.

Los organismos internacionales de derechos humanos se han pronunciado sobre la situación de los mapuches, señalando que el estado chileno hace una utilización injusta, infundada y aberrante de la Ley Antiterrorista, violando las garantías procesales de numerosas personas, y violando también las obligaciones jurídicas de Chile de garantizar el respeto al legítimo derecho de todos y todas.

Aunque en la comunidad internacional no hay una definición única de delito terrorista, se entiende que se incluyen bajo esta denominación los delitos graves que dañan severamente a personas y comunidades más allá del daño directo pues causa temor e inseguridad, por tratarse de matanzas, secuestros, atentados con explosivos y actos similares. Tal como lo expresó A.P. Schmid de la Oficina contra la Drogas y el Delito, de las Naciones Unidas “los delitos terroristas son el equivalente a los crímenes de guerra, en tiempos de paz”.

En contravención a la tendencia internacional, la normativa antiterrorista actual dispone un tipo muy amplio que hace posible tal aplicación extensiva de la ley, vulnerando tanto los principios constitucionales y lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por Chile, entre otros la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En efecto el actual artículo 1º, N° 1 señala “que constituirán delitos terroristas los que enumerados en el artículo 2º cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

“1ª. Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de 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 atentarse contra una categoría o grupo determinado de personas.

Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o

mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.

Como se observa, cualquiera de los delitos comunes que se enumeran, para tener el carácter de terrorista, debe producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, circunstancia que debería ser acreditada fehacientemente. Sin embargo, luego se consagra una presunción que se apoya en los medios utilizados y no en el alcance de los efectos del delito, que constituyen un elemento fundamental del tipo.

Para mejorar la tipificación del delito terrorista y con ello disminuir su aplicación extensiva se propone una modificación de la actual normativa⁵⁶, de tal modo que la calificación del delito como conducta terrorista se efectúe considerando las consecuencias de la agresión y no a partir de la naturaleza de los medios empleados. Con esto, tal como lo puntualizan sus proponentes se contribuye a “mantener la debida armonía con el bien jurídico que se pretende proteger”.

En lo medular se propone sustituir la circunstancia 1ª, del artículo 1º de la ley 18.314 por la siguiente:

“ 1ª. Que el delito se cometa por bandas armadas o integrantes de ella contra la vida o la integridad física de las personas con la finalidad de subvertir el régimen constitucional o el orden público y de producir en la población o en una parte importante de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado en la consecución de dichos objetivos, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados.

Servirá de antecedente para calificar la finalidad de la acción desplegada en orden a producir dicho temor, salvo prueba en contrario, la circunstancia de cometerse el delito ocasionando, o poniendo en peligro concreto de ocasionar, grandes estragos a la población o a una parte importante de ella.”

⁵⁶ Modifica la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad. N° 4199-07. Ingreso: 4/5/2006. Etapa actual: primer trámite constitucional

En suma, la aplicación de la normativa antiterrorista al conflicto mapuche es claramente una medida desproporcionada, teniendo en cuenta que en la mayor parte de los casos, “los delitos cometidos son delitos contra la propiedad y no se ajustan al concepto de terrorismo que se deduce de los tratados internacionales como la Convención Interamericana Contra el Terrorismo, que se refiere a graves violaciones contra las personas”⁵⁷. En este contexto, creemos que la modificación propuesta de la ley es una contribución al perfeccionamiento del tipo penal dispuesto en la ley, lo que impedirá que se le de aplicación extensiva de la forma en que hasta ahora se ha hecho en el conflicto mapuche.

Sin embargo el proceso de criminalización de las demandas mapuches no solo dice relación con la injusta aplicación de la Ley Antiterrorista. Este es, por sobre todo una estrategia que ha tenido la institucionalidad y el estado chileno de relacionarse en especial con el pueblo Mapuche, como respuesta a sus legítimas demandas históricas.

La tendencia que se desprende del análisis de los proyectos de Ley en tramitación, da cuenta de dicho proceso. En efecto llama la atención la existencia de iniciativas tales como el “Proyecto de ley que establece incentivos y prohibiciones en la adquisición de predios con uso de recursos del fondo de tierras indígenas⁵⁸” y la “propuesta de modificación de la Ley N° 19.245, sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, privando de los beneficios patrimoniales que establece a quienes sean condenados por delitos que indica”⁵⁹. Los cuales pasaremos a revisar brevemente a continuación:

⁵⁷ Informe Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile. Informe publicado en forma conjunta por el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y Human Rights Watch, octubre 2004. Pág. 7.

⁵⁸ Proyecto de ley que establece incentivos y prohibiciones en la adquisición de predios con uso de recursos del fondo de tierras indígenas. N° 3018-01. Ingresado con fecha: 1/8/2002. Etapa actual: Archivado

⁵⁹ Proyecto de Ley que modifica la ley N° 19.245, sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, privando de los beneficios patrimoniales que establece a quienes sean condenados por delitos que indica. N° 2916-06. Ingreso: 17/4/2002. Etapa actual: primer trámite constitucional.

1. Proyecto de ley que establece incentivos y prohibiciones en la adquisición de predios con uso de recursos del Fondo de Tierras Indígenas:

Ley N° 19.253 destina fondos para que a través de Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) el estado adquiera tierras y las asigne a personas y comunidades que postulan a ellas para lo cual deben cumplir requisitos que se expresan en un puntaje.

Este proyecto propone agregar a esta ley dos incisos; uno para que sean suspendidas las postulaciones de personas procesadas por hechos de violencia, atentados a la propiedad y usurpaciones; y otro para que se suspendan las postulaciones de condenados por homicidio, cuasidelito de homicidio, incendio, asociación ilícita, lesiones.

Es evidente la clara intención castigadora y represiva que hay detrás de este proyecto, además de su carácter discriminatorio con los pueblos que ejercen actualmente reivindicaciones territoriales. Los ciudadanos no indígenas no pierden beneficios a subsidios del estado a consecuencia de estar procesados o condenados. Este endurecimiento de la legislación, con consecuencias jurídicas adversas anexas a las que establece el Código Penal para los delitos, dirigido a un grupo específico de la población, viola el derecho de igualdad ante la ley y el derecho al debido proceso.

2. Propuesta de modificación de la Ley N° 19.245, sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, privando de los beneficios patrimoniales que establece a quienes sean condenados por delitos que indica:

La reforma consistente en la privación de los beneficios patrimoniales, que en virtud de esta ley u otras disposiciones otorgue el Estado, a quienes sean condenados por “delitos cometidos como expresión de sus requerimientos o como forma de presión para la obtención de los referidos beneficios”.

Tal disposición vulnera el principio de igualdad ante la Ley, consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política de la República y viola los principios que sustentan el debido proceso, por cuanto establece consecuencias jurídicas negativas sólo para los integrantes de las etnias indígenas, las cuales van más allá de las penas establecidas en el código penal para quienes cometen los delitos tipificados en dicho instrumento, de ser éstos expresiones de reivindicaciones indígena.

Los proponentes señalan que la idea que sustenta dicho proyecto, consiste en que “es conveniente para el equilibrio social que las personas que atenten contra el estado de derecho queden excluidas de los beneficios que ese mismo estado de derecho contempla para determinados grupos de ciudadanos, cuando estos reclaman sus prerrogativas vulnerando la estabilidad institucional, y que los recursos se concentren en quienes han actuado con apego a la institucionalidad vigente, permitiendo que la opinión pública perciba un trato diferenciado de acuerdo a las conductas de las personas”, señalando luego; “Que además se hace necesario excluir de los beneficios patrimoniales contemplados en dicha ley a quienes atenten contra el estado de derecho con acciones de violencia, y en general de todos los beneficios similares de responsabilidad del estado establecidos en otros cuerpos legales, a fin de que la sociedad ejerza su prerrogativa para marginar de los esfuerzos por mejorar las condiciones de vida de los indígenas a quienes obstaculicen esta voluntad”.

Consideramos que la lógica que está detrás de esta iniciativa supone una base de trato igualitario previo hacia los indígenas tanto por parte del estado como por parte de la sociedad en general, desconociendo la situación de necesidad y profunda injusticia social que estos pueblos han sufrido sistemáticamente a través de la historia. El caso del pueblo mapuche es uno de los ejemplos más dramáticos de marginación histórica y constantes violaciones sus derechos humanos, lo que ha generado un profundo y muchas veces violento conflicto social.

En esta etapa del análisis creemos atinente hacer mención a proyectos que si bien no dicen relación explícita ni directa a los integrantes de los pueblos indígenas, dadas las especiales características que ha tenido el conflicto indígena, en especial el conflicto mapuche, parecen estar diseñados a la medida de quienes pretenden reprimir los movimientos reivindicatorios.

Es sabido que el conflicto Mapuche se ve agudizado en torno a la relación de las comunidades y las empresas forestales. Luego, un buen número de las manifestaciones violentas de grupos reivindicacionistas han sido ataques incendiarios a la propiedad de las empresas forestales. En este contexto, desde que dicho conflicto comenzó a hacerse más patente, se han ingresado dos propuestas de modificación al código penal para aumentar las sanciones aplicables al delito de incendio de bosques.

El primero de ellos⁶⁰, actualmente archivado consiste en una modificación del código penal y la ley de bosques para aumentar la penalidad del delito de incendio forestal. El segundo de ellos⁶¹, actualmente en etapa de primer trámite constitucional, ingresado en 2005, propone aumentar las sanciones aplicables e impone medidas cautelares para los responsables de incendios de bosques. Este proyecto de ley que modifica el artículo 476 del Código Penal, propone aumentar las sanciones aplicables para los responsables de incendios forestales e impone medidas cautelares. En lo medular aumenta el grado del delito y las multas, además de Incorporar penalidad para el cuasidelito de incendio forestal.

En el mismo sentido que los proyectos referentes al aumento de sanciones penales para el delito de incendio forestal, llama la atención el especial interés de ciertos sectores en reformar y endurecer la regulación del delito de abigeato⁶²,

⁶⁰ Modificación del código penal y la ley de bosques para aumentar la penalidad del delito de incendio forestal. N° 1952-12. Ingreso: 5/12/1996. Etapa actual: Archivado.

⁶¹ Aumenta sanciones aplicables e impone medidas cautelares para los responsables de incendios de bosques. N° 3798-07. Ingreso: 3/3/2005. Etapa: primer trámite constitucional.

⁶² Proyecto que sanciona con mayor rigor el abigeato y facilita su investigación. N° 3038-07. Ingreso: 5 sept 2002 y el proyecto que busca sancionar el abigeato y propone medidas a favor de la seguridad de los sectores rurales. N° 3360-01. Ingreso: 11 sept, 2003. Ambos aprobados, refundidos y publicados en la Ley 20.090.

sobre el cual recientemente se aprobó la Ley 20.090, que refundía dos proyectos complementarios sobre el tema. A nuestro juicio, tales modificaciones, aparecen desproporcionadas y no acorde con la realidad general en relación a la comisión de delitos en todo el país, por cuanto están referidas a un delito circunscrito a un ámbito específico y de bajo impacto en la población general.

El primero de ellos propuso hacer obligatorio y no facultativo -como ocurría anteriormente, en virtud de los incisos primero y tercero del citado artículo 449 del Código Penal- el aumento de la pena en un grado para el abigeato y, consiguientemente, por la remisión de penalidad del aludido inciso tercero, para el caso más habitual, que consiste en el aprovechamiento del animal en el lugar mismo donde se comete el delito, lo que suele ser distinto de las formas antiguas de abigeato, cuando los cuatrerros arreaban los animales para llevárselos en pie lejos del fundo de su dueño. Actualmente, se utilizan vehículos motorizados e instrumental adecuado similar al de los mataderos.

Luego el segundo proyecto, propuso incorporar una serie de medidas tendientes a facilitar la detección, detención y aumento de penas a los autores del delito de abigeato. Para ello establece:

1. Hace exigible a todo vehículo que transporta animales o trozos de carne de animales, portar guía de despacho, boleta o factura que justifiquen su procedencia lícita, de lo contrario se presumirá la existencia del abigeato.
2. Que el vehículo y las herramientas o instrumentos de faenamiento de animales que se encuentren sean decomisados si no se exhiben documentos a que se refiere el punto anterior.
3. Amplía los supuestos de flagrancia, además de las señales en la persona y las ropas a señales en vehículos que no puedan ser justificadas como lícitas y que hagan sospechar el faenamiento o transporte de productos del delito de abigeato.

4. Hace más severas las penas para el delito de receptación, para el cual propone aplicar la pena máxima en cualquiera de sus grados.

Ambos proyectos están dirigidos a que el abigeato sea detectado con más facilidad y sancionado con mayor rigurosidad. Para ello se amplía el concepto, se amplían las facultades de las policías y se consideran como señales del ilícito elementos que la ley hasta ahora no consideraba, como es la presencia de señales de trozos de carne en vehículos además de las personas y sus ropas.

La intención es claramente inhibir o frenar la comisión de este delito, tanto en su forma tradicional que es arreando a pie los animales de un predio a otro, como en las formas que se dan actualmente con el uso de vehículos e instrumentos de faenación de los animales en el terreno.

Por último consideramos que esta reformulación del delito de abigeato afecta especialmente a los sectores indígenas y rurales. El endurecimiento de las penas para ellos parece discriminatorio, porque los deja expuestos a acusaciones con poco fundamento, limita su defensa y presume culpabilidad en situaciones en que no es posible contar con documentación que pruebe el origen de animales o trozos de carne. Dada las características de lejanía de centros urbanos, actividades económicas de subsistencia de carácter informal de muchas personas y familias indígenas, ellos quedan más expuestos que otros grupos a las consecuencias de este endurecimiento de la ley. La exigencia de documentación que acredite el origen y la propiedad de los animales y productos cárneos, es una forma de desconocimiento de la realidad y formas de vida de los sectores rurales aislados y en especial de las comunidades indígenas, en donde el trueque es una costumbre característica de vida comunitaria. Esta norma deja, por lo tanto, más expuestos a ser imputados de delitos a los indígenas y a los campesinos pobres de lugares aislados.

A modo de ejemplo nos referimos a continuación al caso de la Comunidad Indígena de Temucuicui, ubicada en la región de la Araucanía la cual ha sido objeto de graves violaciones a los derechos humanos desde el año 2004 a la fecha: El presente año se constituyó una Misión internacional de observación de la violencia

institucional del pueblo mapuche en Chile⁶³, la que realizó una misión a Temucuicui, con el objeto de elaborar un informe que diera cuenta de la situación que esta viviendo dicha comunidad. En dicho informe⁶⁴ se constataron situaciones de excesos en el uso de la fuerza pública de carabineros y policía de investigaciones, allanamientos irregulares, uso desproporcionado de armas por parte de la policía, restricción al derecho de libre circulación de integrantes de comunidades mapuche, interrogatorios a niños mapuches, entre otras.

Los excesos policiales y el hostigamiento se han dado fundamentalmente dentro del contexto de sucesivas denuncias en contra de los comuneros por los delitos de amenaza, abigeato y atentados incendiarios, denuncias que según el informe citado “han resultados invariablemente infundadas”. Dicho informe ejemplifica con un caso de abigeato estas situaciones abusiva, informando que en el caso dos comuneros fueron sometidos a prisión preventiva por cuatro meses y dejados en libertad por no existir suficientes pruebas en su contra, lo que más tarde determinó el cierre de la investigación por supuesto abigeato.

⁶³ Esta Misión fue convocada por el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos y la Comunidad Mapuche de Temucuicui.

⁶⁴ Informe Misión Internacional sobre violencia en Comunidades mapuche. El Caso Temucuicui 20 de julio 2007.

5.- TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

Actualmente Chile, al igual que otros países de la región, está preocupado por sobre todas las cosas de su desarrollo económico. Si embargo, el concepto de desarrollo y su aplicación, sin tomar las medidas adecuadas, se traduce en la degradación del medio ambiente y la destrucción de los recursos naturales. Gran parte de los recursos naturales del país están ubicados en territorios indígenas, por lo que muchos proyectos de desarrollo afectan especialmente tierras y territorios que son la base de la cultura y subsistencia de los pueblos indígenas. Hemos presenciado en los últimos años un sinnúmero de situaciones en las que el desarrollo de proyectos mineros, forestales y energéticos, con fuerte inversión extranjera, han causado a las comunidades indígenas fragmentación, pérdidas de sus bienes patrimoniales y culturales, relocalizaciones y degradación del medio ambiente natural que las sustenta. El caso Ralco ha sido emblemático en este sentido; en éste, a raíz de la construcción de una gran central hidroeléctrica en el Alto Bío-Bío, se desplazó a decenas de las últimas familias Pehuenches que vivían en sus localidades ancestrales. En este caso se produjeron graves irregularidades legales tanto en su etapa de diseño y ejecución de las obras, las que constituyeron violaciones a los derechos humanos de las comunidades aledañas, quienes no fueron consultadas ni consideradas en ninguna de las etapas del proyecto. Dichas vulneraciones han sido reconocidas tanto por el gobierno como por los tribunales de justicia y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El sistema capitalista neoliberal concibe la tierra, los recursos naturales y el conocimiento como bienes transables que se rigen por las leyes del mercado y utiliza la noción de apropiación y disposición, promoviendo la privatización de estos recursos o reconociendo un derecho eminente del estado, que permite poner estas riquezas en el mercado a través del mecanismo de concesiones particulares amparadas por las mismas protecciones que el derecho de propiedad. Los pueblos indígenas rechazan este concepto de desarrollo, que implica devastación de los recursos naturales y proponen una reformulación de éste que considere su propia visión de mundo, de la tierra y los recursos naturales. (Declaración de Kari-Oca, Cumbre de la Tierra Año 1993).

Los conflictos derivan de la confrontación desigual entre estas dos concepciones de desarrollo que parecen irreconciliables. Una centrada en el grupo dominante que ostenta el poder político y económico y la otra defendida por los pueblos indígenas y los organismos de defensa de sus derechos

En la comunidad internacional hay una creciente toma de conciencia sobre este problema y de la necesidad de considerar los conocimientos tradicionales de los pueblos en los planes de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente. En este sentido el Convenio 169 de la OIT establece la necesidad de salvaguardar los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre los recursos naturales vinculados a la tierra, derecho que comprende su “participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”⁶⁵. En orden de hacer efectiva dicha participación, el Convenio señala que los gobiernos deberán “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”⁶⁶. En términos similares la Agenda XXI de 1992, suscrita por Chile, plantea la necesidad de “permitir a los indígenas mayor control sobre sus tierras, autogestión de sus recursos, y participación en la toma de decisiones que les afectan, incluyendo, participación en la administración de áreas protegidas”.

Por otra parte, muchas veces la relación de los pueblos indígenas con la tierra, no se ajusta a los estrictos parámetros occidentales de ocupación y apropiación, por lo que se requiere adecuar el concepto de propiedad, tenencia y uso adaptándolo a su cosmovisión y formas de vida, facilitando entre otras cosas el libre tránsito por lugares de pastoreo y zonas de caza y recolección. En éste sentido, el Borrador de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, intenta superar estas dificultades al definir en su artículo 26 que “tierras y territorios de los pueblos indígenas son aquellos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado de otra forma y que incluyen el

⁶⁵ Artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

⁶⁶ Ibidem.

medio ambiente total de las tierras el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos”.

Este mismo documento establece que el control firme y efectivo sobre las tierras y territorios es una parte integral del ejercicio de la libre determinación y factor esencial para su sobrevivencia e integridad cultural, así como para su desarrollo económico social y cultural. Es de particular interés la frase “que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado”, ya que incorpora una variedad de patrones de uso de la tierra que van más allá de la posesión y la ocupación tradicionalmente entendida en nuestro ordenamiento, incluyendo el uso que para diferentes actividades de subsistencia como la casa, pesca, pastoreo y recolección, las cuales son de igual manera indispensables para conservación de las formas de vida de los pueblos indígenas.

Con relación a esta materia, es de suma relevancia lo declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tigni*; “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”. En este caso la Corte dio un paso decisivo en la evolución de los derechos humanos ambientales, condenando al Estado Nicaragüense por violar derechos de propiedad⁶⁷ de la Comunidad Mayagna “Awas Tigni” sobre tierras comunales y ordenándole que “adopte en su derecho interno, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación,

⁶⁷ Por contravención a los artículos 21 y 25 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas"⁶⁸.

La Ley N° 19.253 es limitada en el reconocimiento de derechos sobre la tierra y sus recursos, la protección sobre las tierras indígenas es más bien débil y restringida, no considera el concepto de territorialidad indígena incorporado en el Convenio 169 de la OIT. y tampoco reconoce derechos sobre los recursos naturales ni instancias eficientes de participación en las decisiones que tienen que ver con tales recursos, lo cual ha tenido graves implicancias en los últimos años para sus comunidades. En este sentido la ley sólo establece que "En la administración de las Áreas Silvestres Protegidas, ubicadas en las Áreas de Desarrollo Indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero y la CONADI, de común acuerdo, determinaran en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las comunidades indígenas",

En clara contravención tanto a la normativa nacional como internacional ratificada por Chile, la situación actual es que no obstante gran parte de los parques nacionales que se localizan en la zona sur del país están situados en territorios ancestrales mapuches⁶⁹, en Chile no se ha implementado el manejo o co-manejo de éstos parques con participación de los habitantes de esas tierras⁷⁰.

En la presente revisión de la agenda legislativa en tramitación, no se encontró ningún proyecto que considere un avance en estas materias. No hay proyectos de ley que propongan modificaciones a la Ley de Bases del Medio Ambiente, que mejoren el deficiente sistema de participación ciudadana, o que incluyan a las comunidades en el control y manejo de los recursos naturales ubicados en sus territorios. En este sentido resulta anecdótico encontrarse con un proyecto de ley relacionado con la participación ciudadana, cuyo objetivo se limita a

⁶⁸ Fredes Miguel. Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Indígena de Awas Tigni. Centro Austral de Derecho Ambiental. Valdivia. Pag 4.

⁶⁹ Existen 10 parques nacionales situados en territorio mapuche, en las regiones VIII, IX y X

⁷⁰ <http://www.mapuexpres.cl>

la proposición de un mecanismo público de asignación de nombres a bienes nacionales de uso público⁷¹.

5.1.- Tierras

Los derechos de los indígenas a la tierra están regulados por la Ley N°19.253 actualmente vigente en Chile. Esta ley parte de la premisa de que la tierra es el fundamento de la sociedad y cultura indígena, por lo que el estado, a través de sus instituciones, debe velar por la protección, la ampliación, la adecuada explotación y el equilibrio ecológico de las tierras indígenas.

La norma se refiere a todas las instituciones del Estado incluyendo aquellas creadas por la Ley Indígena. Esto significa que tanto la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), Ministerio de Obras Públicas (MOP) y, en general, todos los órganos públicos con competencia sectorial en materias que puedan afectar los derechos indígenas sobre tierras indígenas, aguas indígenas y/o sus recursos naturales, deberán velar por la protección de este patrimonio indígena y evitar su reducción, promover su adecuada explotación y garantizar el equilibrio ecológico del mismo.

Sus objetivos principales son evitar la enajenación de las tierras indígenas y la disminución del territorio en el que se sustenta la permanencia cultural de los pueblos originarios.

Esta ley establece en su artículo 12 cuales son las tierras indígenas, señalando cuatro categorías; Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión, provenientes de diferentes títulos que enumera. Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades de las diferentes etnias que enumera, siempre que sus derechos sean inscritos conforme al Registro de Tierras que crea esta ley. Aquellas que proviniendo de los títulos y modos señalados anteriormente sean declaradas

⁷¹ Proyecto de Ley que garantiza la participación ciudadana en la denominación de los bienes nacionales de uso público, presentado por el diputado Alejandro Navarro. Boletín n° 3669-12, ingresado el 15-09-2004.

pertenecientes a persona o comunidad indígena por Tribunales de Justicia y por último aquellas asignadas a título gratuito por el estado a comunidades o personas indígenas. Así mismo la ley establece una serie de mecanismos para su protección, entre ellos la prohibición de su enajenación y gravamen a no indígenas. Dispone la restitución de tierras que se encuentran inscritas a nombre del Fisco y que son ocupadas por comunidades indígenas, promueve planes de regularización de la propiedad sobre estas mismas tierras y contempla la creación de un Fondo de Tierras para la compra de tierras particulares o en conflicto, mecanismo a través del cual, desde el año 1993 han sido adquiridas y traspasadas o regularizadas aproximadamente 255.000 hectáreas en litigio.

Como una forma de evitar el desposeimiento de que los indígenas han sido objeto en el pasado otorga protección jurídica a dichas tierras indígenas, disponiendo que estarán exentas del pago de contribuciones (artículo 12 inciso final) y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.

También establece restricciones a la subdivisión, que no puede ser en predios de superficie inferior a tres hectáreas y a la sucesión que se sujetará a la costumbre que cada etnia tenga en materia de herencia, y en subsidio de la ley común (artículo 18°).

La CONADI, según se dispone expresamente en la Ley, abrirá y mantendrá un Registro de Tierras indígenas, en el que se inscribirán las tierras de que trata el artículo 12°. El efecto de esta inscripción es de carácter probatorio y, por tanto, permitirá acreditar la calidad de indígenas de las tierras (artículo 15°).

Esta Ley establece un Fondo de Tierras y Aguas administrado por CONADI que tiene como objetivo proveer los recursos financieros para la ampliación de las tierras y derecho de aguas indígenas. Las tierras no indígenas y aguas adquiridas con este fondo, no podrán ser enajenadas por 25 años desde su inscripción (artículo 22°).

De acuerdo a lo señalado, las aguas de propiedad de comunidades y personas indígenas, sometidas al régimen de protección establecido en el artículo 22º, requieren dos requisitos copulativos: que beneficien tierras indígenas de aquellas señaladas en el artículo 12º de la misma Ley Indígena y que hayan sido adquiridas con recursos del Fondo de Tierras y Aguas.

A diferencia de las anteriores leyes indígenas promulgadas en Chile, esta legislación actualmente vigente es aplicable a los distintos pueblos indígenas del país, permitiendo la protección y reconocimiento de tierras y aguas indígenas para pueblos cuyas tierras no habían sido objeto de reconocimiento o regulación jurídica con anterioridad.

Finalmente encomienda a CONADI velar por la protección de las tierras indígenas a través de los mecanismos que establece la Ley y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del fondo respectivo; así como asumir, cuando se le solicite, la defensa de indígenas y sus comunidades en conflictos de tierras y aguas, y ejercer funciones de conciliación y arbitraje (artículo 39º).

La tierra es el hábitat de los pueblos, existe una fuerte relación entre el derecho a la libre determinación y los derechos territoriales, particularmente los vinculados a recursos naturales: “Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”⁷².

Los pueblos indígenas basan su identidad cultural en la interacción con la tierra y sus recursos, en consecuencia, ha sido en esta materia en la que se han hecho mas patente situaciones de vulneración de sus derechos humanos. En nuestro país al igual que en el resto de Latinoamérica es particularmente conflictivo el tema relativo la tenencia y propiedad de la tierra entre grupos indígenas,

⁷² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1 inciso 2.

especialmente mapuches y particulares o el estado. Sobre éste tema, el Relator de las Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen, señaló en su informe, como principales características de éste problema:

1. Que las tierras en propiedad de los mapuches son en extremo escasas y están en estado de sobreexplotación.
2. Que las tierras de las comunidades se encuentran aisladas dentro de propiedades particulares, principalmente de extensas plantaciones de monocultivos de especies exóticas, como el pino y el eucalipto, cercadas y vigiladas por guardias privados.
3. Como producto de dichas plantaciones el suelo de las tierras aledañas ha perdido sus fuentes de agua natural, ocasionando una disminución de la flora y la fauna.
4. El uso de herbicidas y plaguicidas en dichas plantaciones ha contaminado el suelo, y por consiguiente los cultivos de los mapuches en las tierras aledañas
5. Los procesos de extracción forestal generan contaminación de las aguas, subterráneas, ríos y lagos, lo que va en detrimento de sus recursos ictológicos.

Por otra parte el pueblo Rapa Nui también es parte de un complejo conflicto territorial, el cual tiene su fuente también en la progresiva pérdida de dicho recurso por parte de los indígenas, que el Consejo de ancianos ha calificado como una “permanente amenaza a la propiedad de la tierra”. Dicha situación se ha tornado crítica desde la aplicación del Decreto Ley 2885, del año 1979, en virtud de el cual los chilenos originarios de la isla, pero no indígenas, pueden adquirir títulos de dominio sobre predios de la isla. Lo que ha ocasionado una importante disminución de los terrenos que están en manos de indígenas Rapa Nui.

El conflicto relativo a la propiedad y tenencia de la tierra es de larga data. Como ya señalábamos en la síntesis histórica, las sistemáticas vulneraciones a derechos ancestrales de propiedad se agudizaron durante el gobierno militar, quien a demás de revertir el proceso de devolución iniciado durante la reforma agraria, reprimió el movimiento indígena. Luego en el año 1989, con la recuperación de la democracia, se inició una nueva etapa de relaciones entre el estado y los pueblos

indígenas, que se materializó en el acuerdo de Nueva imperial y su posterior cumplimiento⁷³ a través de la promulgación de la Ley Indígena el año 1993. Esta ley reconoce derechos específicos a los indígenas, y en relación a la tierra, crea el Fondo Nacional de Tierras, que administrado por la CONADI, tiene por objeto la ampliación de tierras y derechos de agua, para lo cual otorga subsidios para la adquisición de tierras, dispone fondos para crear mecanismos de solución de conflictos y financia la constitución, adquisición y regularización de derechos de agua. Sin embargo este mecanismo no esta dando todos los resultados esperados, debido entre otras razones al aumento especulativo del precio de las tierras y la existencia de monopolios ya constituidos en materia de derechos de agua, que hacen muy difícil su movilidad.

En adelante nos referiremos específicamente a dos proyectos de ley relacionados con los derechos de los indígenas a la tierra⁷⁴, tendientes a mejorar el actual sistema que establece la Ley Indígena:

1.- Proyecto de modificación de la Ley N° 19.253, con el objeto de perfeccionar las normas de formalización de tenencia de la tierra⁷⁵

Se propone una modificación a la Ley con la finalidad de perfeccionar normas de tenencia de la tierra, que en lo esencial permita una mayor parcelación de los terrenos. Existe actualmente una restricción a la subdivisión de predios indígenas, que establece que una superficie mínima de 3 hectáreas. Los predios no indígenas pueden dividirse hasta un mínimo de media hectárea.

Esto cuyo objetivo es mantener la integridad de los territorios indígenas, es según los autores del proyecto, una limitación al derecho de libre disposición de la propiedad. Desde esa perspectiva se puede considerar que limita a los indígenas

⁷³ De los puntos acordados, quedaron pendientes el reconocimiento constitucional de la pueblos indígenas y la aprobación del Convenio 169 de la OIT. Dos aspectos que hasta la fecha se encuentran en etapa de proyecto y aun no han sido aprobados por el Congreso.

⁷⁴ Los otros proyectos que se encontraron, relativos a tierras, fueron tratados en el acápite relativo a la criminalización de las demandas indígenas.

⁷⁵ Proyecto de modificación de la Ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, con el objeto de perfeccionar las normas de formalización de tenencia de la tierra. N° 3090-01. Ingresado con fecha: 9/10/2002. Etapa actual: primer trámite constitucional.

para negociar sus tierras en el creciente mercado de las parcelas, especialmente lucrativo en sectores de gran belleza natural y valor ecológico como son muchas tierras indígenas.

Es así como el mencionado proyecto propone que las tierras indígenas puedan subdividirse hasta superficies de media hectárea, al igual que las propiedades no indígenas. Además propone se permita la transferencia de hijuelas de hasta 500 metros cuadrados a familiares directos del dueño del terreno para destinarlos a vivienda.

Permitir la subdivisión iguala los territorios indígenas a los demás predios, que se lotean y se venden en parcelas de 5000 metros cuadrados, generalmente destinados a viviendas y parcelas de agrado. De aprobarse este proyecto, ocurriría lo mismo con las tierras indígenas, lo que perjudicaría su integridad, producto de la progresiva fragmentación y venta, tal como ha ocurrido históricamente.

La posibilidad de entregar a un familiar un espacio para que construya su vivienda, aparece como favorable a la unión de las familias, la permanencia en sus tierras y la vida comunitaria. Bien aplicada no deteriora las formas de vida de los indígenas a diferencia de lo que puede ocurrir con la parcelación de 5000 metros cuadrados.

3.- Proyecto de Ley que modifica la ley N° 17.729, sobre tenencia de la tierra⁷⁶.

La Ley N° 17.729 asegura la tenencia de la tierra, pero tiene un vacío que permite el arrendamiento por hasta 99 años. En la práctica, esto ha servido como una nueva forma de apropiación, que contribuye a que los pueblos indígenas sean desplazados de sus tierras con todas las consecuencias que ello implica para su calidad de vida, su patrimonio y su cultura.

Este proyecto propone una modificación que permita un plazo de arrendamiento de no más de seis años y que cuente con la autorización expresa del

⁷⁶ PL N° 120-01

director regional de INDAP. De esa manera corrige un vacío legal que en la actualidad da lugar a prácticas abusivas. Es por lo tanto una modificación necesaria para la protección de las tierras indígenas, sin embargo esta iniciativa, una de las pocas que favorece la integridad de los territorios indígenas y por lo tanto de su permanencia y desarrollo como pueblo, esta actualmente archivada y por lo tanto con muy pocas posibilidades de que algún día se transforme en ley de la República.

5.2.- Agua

El derecho al agua se consagra en importantes tratados de nivel internacional que progresivamente han ido ampliando su espectro de protección sobre este recurso. A partir de la década del 70, este tema esta presente en la comunidad internacional. El primer intento de determinar el derecho al agua ocurrió en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en Estocolmo 1972, donde se estableció “el agua es un recurso natural y por ello debe preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación”. También se aseguró en esa misma conferencia que “este recurso, entre otros no renovables, debe emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo”. Desde entonces y en forma gradual, sucesivos acuerdos de la comunidad internacional dan cuenta del esfuerzo por dar cada vez más protección y ampliar los elementos que conforman el derecho al agua. Destacan en este aspecto la declaración de Dublín que señaló: “que el agua es esencial para la vida y por ello su gestión eficaz implica una relación entre el adecuado uso del suelo y el aprovechamiento de las aguas a lo largo de toda cuenca hidrológica o acuífero”.

La Conferencia Mundial sobre derechos humanos, realizada en Viena en 1993, estableció el derecho al agua como un derecho humano. En la conferencia internacional sobre el agua dulce en Dublín y Bonn se acordó que el abastecimiento de agua es un elemento clave en la reducción de la pobreza, y en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible en Johannesburgo en 2002, se acordó reducir

a la mitad antes del año 2015 el porcentaje de personas sin acceso a servicios básicos de saneamiento, entre otros el recurso hídrico.

Si bien el derecho al agua no se encuentra expresamente consagrado en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es posible deducirlo del párrafo 1 del artículo 11 en el cual se hace referencia al derecho a un nivel de vida adecuado. El derecho al agua esta implícito en dicho concepto en particular por que es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia⁷⁷. El adecuado ejercicio del agua implica no sólo que exista acceso a ciertas cantidades volumétricas, sino que el agua debe tratarse como un bien social y cultural, no solamente como un bien económico. El ejercicio del derecho al agua debe ser sostenible de tal forma que pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras. En lo particular el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece una serie de estándares objetivos que le dan una forma concreta al derecho al agua, por ejemplo entre accesibilidad física y económica al agua y estableciendo distintos niveles de acceso (básico, intermedio y óptimo) dependiendo de la distancia que la persona debe recorrer para obtener este elemento.

Es fundamental, en relación a este tema comprender la relevancia de este recurso en cuanto bien esencial para la vida humana y que su rol es insustituible en el ámbito ambiental, social, cultural y económico, y por ende, la relevancia que tiene la preservación de las fuentes de agua para la supervivencia de culturas y pueblos, en regiones geográficas en donde éste recurso es escaso. La gestión del agua forma parte integral de un sistema de manejo de un territorio, entendido como espacio geográfico en el cual se desenvuelve y se reproduce la cultura de una comunidad o Pueblo Indígena. Este sistema territorial y cultural reconoce una estructura local de órganos y cargos comunales, reglas locales de conducta, normas de coacción y sistemas de sanción y principios en base a los cuales se

⁷⁷La Observación General N° 15 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29° período de sesiones, 2002, párrafo dos establece: “el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, el abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y satisfacer las necesidades de consumo, cocina, necesidades de higiene personal y domésticas”.

resuelven los conflictos derivados del uso, goce y disposición de los recursos⁷⁸. Sobre este concepto actualmente se está trabajando intensamente a nivel internacional, con la idea de avanzar hacia un reconocimiento amplio de los derechos de los pueblos sobre este recurso.

En el contexto latinoamericano son varias las naciones que en sus constituciones consagran el derecho al agua, tanto de manera implícita o explícita, imponiendo a los estados la obligación de asegurar la disponibilidad, calidad y accesibilidad. Sin embargo en torno a la demanda por este recurso por parte de diferentes actores sociales, entre ellos los pueblos indígenas, se ha llevado a cabo un fuerte debate en toda la región, centrándose la discusión sobre la naturaleza y titularidad de los derechos de aguas, la condicionalidad de estos y la creación de mercados de agua, como mecanismo de reasignación de los derechos de uso.

En Chile el derecho al agua no está consagrado en los términos que se han planteado en el derecho internacional. En nuestro país, a nivel legal, sólo existe un derecho de aprovechamiento del agua que considera a este recurso como cualquier otro bien y amparado bajo las reglas del derecho de propiedad. Este sistema a través de los derechos de aprovechamiento somete el recurso hídrico a los mecanismos de asignación de recursos propios del mercado, lo que implica alejarse de la concepción del derecho de agua como un derecho fundamental. Dado el régimen de agua imperante en nuestro país se ha derivado en distorsiones del mercado, monopolización de los derechos y como consecuencia una ineficiente asignación del recurso.

Siguiendo el modelo privatizador de los recursos naturales, que comenzó a aplicarse en el país desde la década de los ochenta, el año 1981 se realizó una reforma al Código de Aguas (D.F.L N°1.222), en virtud de la cual, el estado traspasó gratuita y perpetuamente, a los particulares que así los solicitaron, derechos reales de aprovechamiento de agua. Dicho otorgamiento tenía como límite la afectación a derechos de terceros a la fecha, válidamente constituidos.

⁷⁸ Ver: "Derecho Indígena y Constitucionalidad". Magdalena Gómez. México.

De esta forma, el estado cedió los derechos de agua de muchas comunidades indígenas de todo el país, a las cuales, no obstante ser ocupantes ancestrales de los recursos hídricos, no se les reconoció propiedad sobre tales derechos. Este es el caso de la comunidad atacameña de Toconce, cuyos derechos de aprovechamiento de agua habían sido otorgados a la empresa sanitaria ESSAN S.A.. Con posterioridad tales derechos fueron reivindicados judicialmente por la comunidad, logrando que la Corte Suprema se pronunciara en favor de la regularización de los derechos de agua, sobre un total de 100 mil litros por segundo. La importancia de éste fallo radica en el reconocimiento judicial de la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, señalando que ésta constituye dominio pleno, derivado de la práctica consuetudinaria, por aplicación de los artículos 3º inciso 2º y 64º de la Ley Indígena⁷⁹.

Como se observa, la Ley Indígena ha sido un aporte en el reconocimiento de derechos ancestrales, sin embargo no ha logrado revertir las graves impactos que ha tenido la aplicación del modelo privatizador, que tras 25 años de aplicación ha resultado en un alto costo social y ambiental.

Estas críticas sirvieron de fundamento para la reforma al Código de Aguas promulgada en mayo 2005 bajo la Ley 20.017, proyecto que estuvo en tramitación desde 1992. Entre los fundamentos que fueron esgrimidos por el ejecutivo al promulgar la modificación estuvo “generar las condiciones adecuadas para el mejor aprovechamiento del recurso en el país, a través de dinamizar el mercado de las aguas, otorgar mayor disponibilidad de recursos hídricos para quienes tengan proyectos, favorecerla libre competencia y eliminar las prácticas monopólicas, la especulación y el acaparamiento del recurso, situaciones que no era posible contrarrestar con la legislación de 1981. Las principales modificaciones al código establecen una serie de requerimientos para otorgar derechos de aprovechamiento de derechos de agua, teniendo presente que hasta antes de la modificación que los

⁷⁹ Los derechos de los pueblos indígenas en Chile: Balance 2004. Observatorio de derechos de los pueblos indígenas. Temuco, Chile. 2005.

derechos de aprovechamiento de agua en Chile se otorgaban en forma gratuita, a perpetuidad y sin limitación de caudal⁸⁰.

La situación de los derechos de agua en Chile sin embargo se amplía y se enriquece significativamente en virtud de la ratificación de los convenios y tratados internacionales a cuyo cumplimiento el estado se obliga de acuerdo con el artículo 5º inciso 2º de la Constitución. Dicho artículo fue reformado con el objeto de lograr avances en el ámbito de los derechos políticos económicos y sociales, ya que con anterioridad a su introducción estos presentaban un franco desmedro frente a los derechos civiles⁸¹. De este inciso segundo emana una mayor certeza jurídica de las normas sobre derechos establecidos por la mencionada observación general número 15 así como de la Convención de Viena que Chile había ratificado. Las consecuencias jurídicas respecto al alcance de dichos preceptos permiten concluir que tal como lo afirma Francisco Cumplido⁸² “el enunciado de los derechos esenciales de la persona humana que la ley asegura en su artículo 19, no es taxativo, es decir no solo se refiere a los derechos regulados por la Constitución y por los tratados internacionales y ratificados por Chile que se encuentren vigentes, sin que además incluye todos aquellos derechos que sean necesarios para proteger la dignidad humana teniendo especialmente en cuenta lo dispuesto por el artículo 1º inciso 1º y 4º⁸³, el artículo 5º inciso 2º (ambos del capítulo de las bases de la institucionalidad) y el artículo 19 nº 26 (del capítulo de los derechos y deberes Constitucionales).

⁸⁰ Yañez, Nancy, Fundamentos jurídicos para el reconocimiento de los derechos indígenas al agua: análisis normativo, jurisprudencial y de casos en el contexto chileno. CEPAL, UN Santiago de Chile, agosto 2005. Pág. 27.

⁸¹ El inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República establece “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

⁸² Cumplido Cereceda, Francisco, La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5 de la Constitución: Sentido y alcances de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia. Ius et Praxis, 2003, vol.9 nº1.

⁸³ El artículo 1 de la Constitución Política de Chile establece que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (inciso 1º); “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la nación y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (inciso 4º).

En síntesis en Chile el derecho al agua no es considerado como un derecho económico social y cultural, lo que implica una limitación por parte de nuestro ordenamiento jurídico ya que sólo lo trata desde el punto de vista del derecho de propiedad. Esto constituye una falencia institucional que debe ser interpretada como una violación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fue ratificado por Chile en febrero de 1972 y que entró en vigor en el año 1975.

Claramente el tratamiento del derecho de agua debe ser ampliado y enriquecido, con el objeto de darle mayor contenido normativo incorporando los aspectos elementales del derecho al agua, en que la observación general número 15 establece: "disponibilidad, calidad y accesibilidad para toda la población". Bajo los actuales mecanismos de distribución y aprovechamiento de aguas que se aplican en Chile y que se caracterizan por no incorporar la utilidad pública y sociales privilegiando la aplicación de principios mercantilistas, son muchísimas las personas y comunidades que se han visto limitados e incluso imposibilitados de acceder a importantes fuentes de aguas controlados por unos pocos.

Sólo la plena inclusión de los estándares internacionales a la legislación interna lo que es coherente con la interpretación del artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política se podrá hablar en Chile de un derecho al agua propiamente tal. Hoy sólo existe un deficiente y desordenado del aprovechamiento de las aguas que se encuentra muy lejos de alcanzar el estatus de un derecho fundamental.

Los pueblos indígenas son especialmente vulnerables a esta situación de insuficiente regulación por cuanto su principal actividad de subsistencia es la agricultura y la crianza de animales, cuyas fuentes de riego se ven amenazadas por la insuficiente protección del derecho al agua. En relación a esto la CONADI advirtió de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la comunidad del Huasco Alto a consecuencia del proyecto minero Pascua Lama que pone en peligro los recursos hídricos y por lo tanto la subsistencia de los habitantes del valle. A pesar de esto la resolución de la autoridad no señala la forma en que se protegerán los derechos del pueblo Diaguita.

En la revisión de la agenda legislativa se encontraron cuatro proyectos de ley relacionados con el tema derechos de aguas, que ameritan una revisión y comentario por tener implicancias en los derechos de los pueblos indígenas.

1.- Proyecto de ley de modificación del Código de Aguas. diversos artículos del código de aguas⁸⁴.

El Código de Aguas de 1981 permite que se produzca un acaparamiento de derechos de agua en particulares aunque no hagan uso de este vital elemento, lo que causa injusticias y es contrario al bien común. Esto es consecuencia de haber eliminado el no uso como causal de caducidad de estos derechos, como fue tradicionalmente en Chile hasta que se inició la vigencia de este Código.

Actualmente no es necesario que un adquirente de derechos de agua fundamente su necesidad de agua, lo que distorsiona la distribución de este elemento vital e imprescindible para el desarrollo del país.

También hace posible que particulares que obtuvieron gratuitamente derechos de agua del fisco, los vendan a precios elevados y muchas veces especulativos a quienes realmente los utilizan.

El mencionado proyecto propone modificar el Código de Aguas y en lo medular propone:

Que el derecho de agua no utilizado en los últimos tres años se extingue total o parcialmente (artículo 129 bis), esto con el objetivo de evitar el acaparamiento, la especulación así como para facilitar el acceso al agua a quienes realmente la necesitan.

Se agrega al art. 140 lo N° 5 y 6 que establecen que las solicitudes de derechos de agua deben ser fundamentadas y justificadas, por el tiempo que duren

⁸⁴ Proyecto de Ley que modifica diversos artículos del código de aguas. N° 1701-09. Ingreso: 14/9/1995. Etapa: primer trámite constitucional

las obras que las requieran que será de tres años pudiendo prorrogarse justificadamente.

Se incluye artículo transitorio que protege de la extinción los derechos adquiridos con anterioridad a esta ley, aunque no se haga uso del agua.

También incorpora un inciso relativo a la exigencia de un proyecto de aprovechamiento de las aguas que debe implementarse en un plazo de tres años, con la posibilidad de prorrogarlo con la debida justificación.

Esta modificación tiene efectos favorables a los campesinos en general y entre ellos los indígenas. El Código de aguas de 1981 eliminó el no uso efectivo de los derechos de agua como causal de caducidad de éstos, tal como estaba contemplado en la legislación tradicionalmente. Esto ha permitido que particulares que adquirieron del estado gratuitamente derechos de aguas, los acaparen, no los usen y los vendan a altos precios a quienes realmente los necesitan.

El mencionado código de aguas tampoco exige un proyecto de aprovechamiento que fundamente las solicitudes de derechos de agua, ni establece sanciones o multas para el no aprovechamiento. Esta falencia del código genera una profunda distorsión en la distribución de las aguas y encarecimiento por la especulación que perjudican principalmente a los pequeños campesinos, entre ellos los indígenas que desarrollan una agricultura de subsistencia.

El presente proyecto de reforma al Código de Aguas busca corregir esta falencia estableciendo normas que aseguren una distribución mas justa de este recurso natural, favoreciendo el aprovechamiento del agua por quienes realmente la necesitan, evitando el acaparamiento y la especulación.

Desde la perspectiva de los indígenas la corrección de la situación actual es importante por lo anteriormente expuesto. Si bien no es un proyecto específico dirigido a los indígenas, los favorece por que contribuye a que mejoren la productividad de sus tierras, y puedan seguir desarrollando sus formas

tradicionales de subsistencia, en muchos casos ligada a la pequeña agricultura y crianza de ganado.

2.- Proyecto de ley que modifica el Código de Aguas en lo relativo a la inscripción de derechos de aprovechamiento⁸⁵.

Esta modificación propuesta busca establecer que “la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas se efectuará en el Conservador de Bienes Raíces donde se encuentra inscrito el predio al que benefician”

De acuerdo a la normativa vigente, en muchos casos, los agricultores deben efectuar la inscripción de los derechos de agua en un Conservador, y la del derecho de dominio del terreno en otro. Esto genera inconvenientes, costos económicos y pérdida de tiempo a los agricultores.

La modificación propuesta viene a solucionar una dualidad artificial de registro separado de la tierra y del agua, que en la realidad son inseparables. Los beneficios son para todas las personas y comunidades que desarrollan actividades agrícolas, incluidos los indígenas.

3.- Proyecto de Ley que modifica el régimen jurídico de propiedad de las aguas⁸⁶. Esta es una reforma Constitucional, pues propone reformar el inciso 11 del artículo 19 N° 24 y legal, pues agrega un nuevo título al Código de Aguas.

La modificación que propone este proyecto afecta a las aguas situadas al norte del Río Salado, ubicado en la Tercera Región, y sólo en ellas se le aplicarán las disposiciones contenidas en este Título.

⁸⁵ Modifica el código de aguas en lo relativo a los derechos de aprovechamiento. N° 1724-09. Ingreso: 26/10/1995. Etapa: primer trámite constitucional.

⁸⁶ Modifica el artículo 19 n° 24 en lo relativo al régimen jurídico de propiedad de las aguas. (Reforma Constitucional y legal) N° 652-07. Ingreso: 7/4/1992. Etapa: primer trámite constitucional

En las zonas áridas, escasas en agua, este recurso es fundamental para el desarrollo de las comunidades autóctonas de la zona, dedicados a los cultivos y crianza de ganado. Su empleo está a menudo vinculado a usos limitados en el tiempo, como en el caso de la explotación minera, por lo que parece razonable limitar el aprovechamiento de las aguas a los fines para los cuales se obtuvo el correspondiente derecho, de manera que una vez agotada la actividad favorecida, el agua se reincorpore al dominio público y permanezca disponible para el caso que en su oportunidad la autoridad determine en conformidad a la legislación vigente.

El referido proyecto propone modificar el artículo N° 19 numeral 24 el que quedaría así:

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre los mismos, con excepción del régimen que establezca la ley para el aprovechamiento de las aguas situadas al norte del Río Salado, ubicado en la Tercera Región”.

4.- Proyecto de Ley que establece requisitos para la constitución del derecho de aprovechamiento de Aguas⁸⁷. Se propone un artículo único que modifica el Código de Aguas, estableciendo un plazo dentro del cual el solicitante de derechos de agua se compromete a realizar las obras necesarias para su aprovechamiento. Para esto se establecen tanto fecha de inicio como de término de las faenas.

También contempla un artículo transitorio que establece que: “Los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas ya concedidos o constituidos de conformidad a la ley, y que no estén utilizando las aguas, deberán, dentro del plazo de un año contado desde la publicación de esta ley, indicar el plazo en que ejecutarán las obras necesarias para el ejercicio de sus derecho, ante la autoridad competente, bajo apercibimiento de caducidad por el sólo ministerio de la ley”.

En síntesis, a fin de corregir la situación actual del Código de Aguas, en que el manejo de este recurso se plantea como la lógica mercantilista una mercancía “commodities” y no como un bien social, este proyecto propone establecer

⁸⁷ Proyecto de Ley que establece requisitos para la constitución del derecho de aprovechamiento de Aguas. N° 709-01. Ingreso: 3/6/92. Etapa actual: archivado

requisitos para la constitución del derecho de aprovechamiento de las aguas. Lo cual es sin duda un avance en el sentido de poner término a la injusticia en la distribución de los derechos de agua, el acaparamiento y la especulación.

Al solicitar derechos de agua se debe indicar el plazo en que ejecutarán las obras necesarias para el ejercicio de sus derechos, los que en caso de no cumplirse harán que los derechos caduquen por el sólo ministerio de la ley. También establece que los titulares actuales de derechos de agua, que no los estén utilizando, tiene un plazo de un año para presentar un proyecto de aprovechamiento.

En suma, este proyecto es favorable a los indígenas en su calidad de campesinos pobres y cuyas formas de vida tradicionales sólo podrán persistir si tienen el recurso agua para desarrollar sus actividades de subsistencia. El acceso al agua es un derecho fundamental y su protección es indispensable para proteger las formas de vida de los pueblos originarios.

También en materia de aprovechamiento de agua, está en tramitación otro proyecto⁸⁸, que esencialmente se refiere a lo mismo, y a demás agrega un inciso que pretende evitar que particulares adquieran derechos de agua a bajos precios en remates en que el único oponente sea el Estado. Para ello establece "No procederá el remate si entre los oponentes no hay al menos dos particulares."

De todas formas, la reciente modificación del código de aguas que culminó con la promulgación de la ley 20.017 del 2005, hace muy difícil que estos proyectos continúen su tramitación o se aprueben en lo inmediato.

5.3.- Bosques

⁸⁸ Modifica el código de aguas en lo relativo a los derechos de aprovechamiento. N° 1724-09. Ingreso: 26/10/1995. Etapa: primer trámite constitucional.

Definición unívoca de bosque no existe. Según La Organización de las Naciones para la Agricultura y Alimentación (FAO), los bosques pueden ser naturales tanto como plantaciones arbóreas.

La Ley 19.561 que modificó el Decreto Ley 701, otorga un concepto jurídico de bosque en su artículo 2º el que dispone que se entiende por bosque aquel "sitio poblado por formaciones vegetales en las que predominan árboles y que ocupa una superficie de por lo menos 5.000 metros cuadrados, con un ancho mínimo de 40 metros, con cobertura de copa arbórea que supere el 10% de dicha superficie total en condiciones áridas y semiáridas y el 25% en circunstancias más favorables".

Como se observa, esta definición considera al bosque como un conjunto de individuos y no como ecosistema en su flora y fauna accesoria y demás recursos que de él dependen. En éste sentido incluso CONAF ha señalado que dicha definición ha venido a desproteger los ecosistemas forestales.

Los bosques nativos, a demás de ser un recurso económico de alto valor, por su función maderera productiva, son un elemento esencial en la mantención y mejoramiento de otros recursos naturales, y por lo tanto del ecosistema en su conjunto. Protegen cursos de agua, reducen el ritmo de dispersión de agua, favorecen la infiltración del agua lluvia, limpian el agua natural, protegen el suelo de la erosión del viento y agua, atenúan el clima local y albergan la fauna entre otras funciones ambientales.

Muy ligado a la conservación del medio ambiente, los bosques han sido desde tiempos inmemoriales, el sustento de la vida humana y hasta los tiempos actuales la vida de muchos pueblos indígenas se desarrolla en relación al bosque. No sólo el bosque aporta elementos para la subsistencia material sino también esta incorporado en múltiples tradiciones y manifestaciones culturales. En consecuencia los bosques tienen una dimensión antropológica que no esta debidamente reflejada en nuestra legislación. Los proyectos que se encontraron en ésta revisión son un buen ejemplo de esta sistemática omisión conceptual.

El proyecto de ley que modifica el decreto ley N° 701, de 1974, sobre fomento forestal, en lo relativo a los conceptos de forestación y reforestación⁸⁹, es esencialmente que aporta elementos técnicos y científicos, sin duda de gran utilidad, principalmente para el manejo económico de los recursos forestales, pero sin ninguna alusión de la significación de los bosques para las comunidades humanas.

En efecto las modificaciones que se proponen son las siguientes:

Artículo único.

1) Sustitúyese la definición de “Forestación” contemplada en su artículo 2° por la siguiente:

“Forestación: La acción de poblar, de una vez o gradualmente, con especies arbóreas o arbustivas terrenos que carezcan de ellas, o que, estando cubiertos de dicha vegetación, ésta no sea susceptible de ser manejada, para constituir una masa arbórea o arbustiva con fines de preservación, protección o producción.”.

2) Reemplázase la definición de “Reforestación” contemplada en su artículo 2° por la que se indica a continuación:

“Reforestación: La acción de repoblar, de una vez o gradualmente, con especies arbóreas o arbustivas, mediante siembra, plantación o manejo de la regeneración natural, un terreno que haya estado cubierto con bosque y que haya sido objeto de explotación extractiva con posterioridad al 28 de octubre de 1974.”

Por su parte el Proyecto de ley de recuperación del bosque nativo y fomento forestal⁹⁰, también se centra en aspectos técnicos, pero de una manera más integral y con un claro énfasis en la preservación del bosque nativo. Este proyecto, mas modificación específica a una ley o la formulación concreta de una ley, básicamente desarrolla líneas de acción tendientes a la conservación y recuperación del bosque nativo, las que deberán consolidarse en una normativa,

⁸⁹ Proyecto de ley que modifica el decreto ley N° 701, de 1974, sobre fomento forestal, en lo relativo a los conceptos de forestación y reforestación. N° 3228-01. Ingreso: 29/4/2003. Etapa: primer trámite constitucional.

⁹⁰ Recuperación del bosque nativo y fomento forestal. N° 669-01. Ingreso: 28/4/1992. Etapa: segundo trámite constitucional.

para cual se fijan directrices. Si bien los lineamientos entregados son bastante integrales desde el punto de vista ambiental, no incorpora la variable antropológica como un elemento a considerar en cualquier regulación relativa la bosque nativo.

Según sus proponentes éste proyecto tiene por objetivos:

1.- Crear un texto legal único que defina, señalando derecho y obligaciones, las normas que regulan el uso y aprovechamiento de las diversas formaciones vegetales naturales que cubren el país.

2.- Actualizar la normativa existente incorporando en este nuevo texto diversos elementos principalmente referidos a aspectos ambientales que hasta el momento se encontraban ausentes.

3.-Adecuar la tipificación vegetacional a los conocimientos existentes, estableciendo dos categorías básicas: tipos forestales y formaciones xerofíticas con sus consiguientes normativas de uso. Con esta medida se pretende dar adecuada respuesta a necesidades ecológicas absolutamente distintas a los criterios forestales clásicos, como son las correspondientes a las de las zonas áridas y semiáridas.

4.-Adecuar la normativa de utilización de los recursos vegetacionales nativos para facilitar el uso y la fiscalización, siempre dentro del marco de los nuevos conocimientos generados.

5.-Establecer, por primera vez, un estatus jurídico y de aprovechamiento distinto para las especies cuya conservación se encuentra amenazada. Por esta misma vía se establece la obligatoriedad de estudiar y definir periódicamente el listado de estas especies.

6.-Entregar mayores alternativas de sanción a los jueces de policía local de modo de facilitar su accionar y lograr una más justa aplicación de la ley.

7.-Definir con claridad lo que se considera bosque nativo, diferenciándolo de aquellas formaciones que, habiéndolo sido, ya no poseen los atributos para ser considerados como tales.

Al tratar el tema forestal, es menester hacer referencia a los conflictos que muchas comunidades mapuches han tenido con las empresas forestales que operan en la VIII, IX, y X regiones. Es en torno a esta materia en donde el conflicto mapuche ha tomado mayor fuerza y en torno al cual se han desarrollado con mayor claridad la tendencia criminalizadora de la demanda mapuche a la que nos hemos referido anteriormente.

Las grandes plantaciones de pinos y eucaliptos que las empresas forestales han dispuesto en territorios ancestrales, a demás de significar una daño irreparable producto de la sustitución del bosque nativo por especies foráneas, hoy provocan graves daños a las comunidades aledañas producto del deterioro de los elementos naturales que generan este tipo de cultivos exógenos. Un ejemplo de esto es la gran disminución de los caudales de agua subterránea que provocan estas plantaciones, dado el alto volumen hídrico que consume un pino o un eucalipto maduro (alrededor de 90 litros de agua al día), lo que ha generado un progresivo agotamiento de dicho recurso, afectado gravemente la calidad de vida de las comunidades cercanas. Este es sólo uno de los efectos negativos de las plantaciones forestales que las comunidades han denunciado hace ya varios años⁹¹.

En la presente revisión no se han detectado proyectos de ley que tiendan a subsanar las graves injusticias que en torno a éste tema se han generado. La agenda legislativa no da cuenta de que exista una conciencia ni una preocupación en torno a los que las comunidades han denominado “la expansión capitalista de las empresas forestales” y que ha generado la degradación de su territorios como consecuencia del mono cultivo de pino y eucaliptos en las tierras aledañas por contaminación y desecamiento de las fuentes de agua.

⁹¹ Un análisis acabado de las múltiples consecuencias negativas de plantaciones forestales en la Araucanía y de la conflictiva relación entre las empresas forestales y el pueblo mapuche es un tema muy amplio que no consideramos pertinente tratar en ésta revisión.

5.4.- Territorios costeros y recursos del mar

El pueblo Mapuche Lafkenche ha habitado ancestralmente el litoral de las regiones VIII, IX, y X y toda su cultura y estructura social se ha configurado en una relación integral con estas costas.

Sin embargo, hasta hoy, esta forma de vida ancestral no ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico chileno. La normativa de las concesiones marítimas, es genérica y no contempla figuras jurídicas que reconozcan en forma específica el derecho de las comunidades costeras de pueblos originarios a estos espacios que han utilizado consuetudinariamente⁹².

Las áreas de manejo y protección creadas por la ley de Pesca no dan cuenta del uso ancestral de estos espacios por parte de los pueblos originarios del país, en aspectos culturales, económicos y religiosos, que constituyen sus formas de vida. La Ley General de Pesca y Acuicultura, protege los espacios marinos (parques y reservas marinas), prohibiendo o limitando la explotación, de esta forma, excluyendo la posibilidad de que sea traspasada a particulares. En este sentido la ley ha creado las áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos que son entregadas a organizaciones de pescadores artesanales, sujetas a planes de manejo. Con dicha modalidad se ha logrado una correcta utilización y administración de dichos recursos, fortaleciendo las capacidades organizativas de las agrupaciones de pesca artesanal, pero ha omitido considerar la situación de aquellas comunidades que han utilizado el borde costero desde una perspectiva cultural, económica y religiosa, desde tiempos inmemoriales, como es el caso de las comunidades Lafkenche.

Dando cuenta de esta realidad y de lo establecido en la Política del Nuevo Trato hacia los pueblos indígenas, que señala que como una de las medidas de reparación, se hará un esfuerzo particular con el objeto de reconocer al pueblo Lafkenche los derechos ancestrales al uso y explotación del borde costero,

⁹² Se entiende por uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas los integrantes de una comunidad, de manera habitual y que son reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura.

actualmente esta en tramitación un proyecto de ley que propone configurar una nueva figura administrativa denominada “Espacio Marino Costero de los Pueblos Originarios”⁹³, con la cual se reconozcan los espacios territoriales del borde costero que han sido de uso ancestral. Para ello, este proyecto define conceptos y principios básicos, establece procedimientos para la declaración de borde costero de pueblos originarios, para la entrega a las comunidades y para su adecuado uso y administración. A demás crea la Comisión Regional de Uso del Borde Costero, organismo intersectorial, integrado por representantes del Ministerio de Planificación, de la Subsecretaría de Marina y de Pesca, de la Dirección General del Territorio Marítimo y de la CONADI. Su función es la coordinación en la aplicación de la política de uso del borde costero.

Este proyecto de ley crea el espacio marítimo de los pueblos originarios y regula su utilización basándose en los principios básicos de exclusividad de titulares de los derechos constituidos⁹⁴, la voluntariedad, la asociatividad, la gratuidad y el respeto a los derechos constituidos. El espacio costero marítimo de pueblos originarios, deberá comprender una porción de agua y fondo, playa y terrenos de playa fiscales, que han utilizado las comunidades indígenas ancestralmente.

La delimitación del espacio queda circunscrita a dos condiciones:,en primer lugar al uso consuetudinario que se invoque para solicitar la declaración y luego al uso que se pretende dar a dicho espacio por parte de la asociación de comunidades, pudiéndose comprender usos de diversa naturaleza, así como las áreas de resguardo de los recursos incluidos en el espacio costero marino de pueblos originarios⁹⁵. En suma se establece la necesidad de un plan de manejo que garantice la conservación de los recursos hidrobiológicos del espacio costero marino en conciliación con los sistemas de explotación ancestrales de pueblos originarios, y establece mecanismos para asegurar su cumplimiento. Dicho plan debe ser aprobado por la Comisión Intersectorial. Favorece la organización de las

⁹³ Proyecto de Ley que crea el espacio costero marítimo de los pueblos originarios. N° 127-353. Ingreso: 24/8/2005. Etapa actual: primer trámite constitucional.

⁹⁴ Solo se admiten como sujetos, las asociaciones de comunidades indígenas constituidas conforme a la Ley Indígena y excepcionalmente a comunidades indígenas.

⁹⁵ Boletín N° 3968-12. Informe de la comisión de recursos naturales, bienes nacionales y medioambiente sobre el proyecto de ley que crea el espacio marítimo de los pueblo originarios.

comunidades, y el manejo conjunto y responsable de estos espacios y los recursos naturales que contienen.

Encarga a la Subsecretaría de Pesca del procedimiento de asignación, previa solicitud de la asociación de comunidades interesada. Contempla en el procedimiento administrativo un informe de la CONADI para establecer el uso consuetudinario, una consulta a otras comunidades indígenas próximas al espacio solicitado y un pronunciamiento de la Comisión Regional de uso del borde costero.

Al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, le corresponderá la declaración del espacio costero marino de pueblos originarios, debiendo identificar la asociación de comunidades o comunidad, que podrán acceder a la administración.

Establece sanciones, que pueden llegar al término del “espacio costero marino de pueblos originarios”, para el incumplimiento del plan de administración, uso del espacio asignado para actividades no autorizadas y otras infracciones como impedir el libre tránsito.

En suma éste proyecto es especialmente valioso pues aborda el problema del pueblo Lafkenche de una forma global e integral que respeta la cosmovisión y formas de vida ancestrales, fomenta la organización de las comunidades, les entrega responsabilidades en el manejo de los recursos y los estimula a la protección y conservación de los mismos. Establece mecanismos de participación y coordinación de todos los sectores y organismos involucrados.

Buen proyecto, digno de ser considerado un modelo para futuros proyectos relacionados con los pueblos originarios, con visión de largo plazo, que valora y respeta a las comunidades en sus derechos y en su autonomía. Uno de los principales aportes de este proyecto es que reconoce la capacidad de las comunidades de gestionar, administrar y fundamentalmente proteger el medioambiente.

En la misma línea, pero más reducido en sus alcances, se encontraron dos otro proyectos complementarios que se refieren al acceso de las asociaciones indígenas a recursos de mar⁹⁶.

Los proyectos de ley que modifican las leyes N° 19.253 sobre pueblos indígenas facilitando el acceso de sus asociaciones a los recursos del mar y N° 18.892 Ley General de Pesca y Acuicultura, buscan dar respuesta a la demanda y necesidad del pueblo Lafkenche y de otras etnias originarias, cuyo medio principal de subsistencia es la pesca artesanal. Hasta hoy esta ley, establece un registro de pescadores artesanales al que tienen acceso los indígenas al igual que otros pescadores artesanales como individuos. Dicho registro sin embargo no contempla la inclusión de grupos o comunidades.

Considerando la naturaleza de la estructura social del pueblo Lafkenche se hace patente la necesidad de que sus organizaciones puedan acceder al borde costero como comunidades, lo que la legislación actual no permite.

Una vez más observamos como la legislación interna al desconocer las formas de vida comunitarias de los pueblos indígenas, los limita tanto en el desarrollo de actividades tradicionales de subsistencia y por consiguiente pone en grave riesgo la preservación de toda su cultura. Es relevante que los instrumentos legales se adecuen y respeten las diferentes formas de vida existentes en la nación.

5.5.- Especies autóctonas:

Una adecuada protección de los derechos de los pueblos indígenas y de su hábitat natural, debe necesariamente incluir la protección de las especies de la flora y la fauna que constituyen este hábitat. De allí que sea de especial interés un tema que ha surgido producto del actual nivel de desarrollo tecno-científico y que con anterioridad no había sido objeto de regulación. Se trata de la adecuada protección del patrimonio genético de las especies biológicas.

⁹⁶ Modifica la ley 18.892. Facilita acceso a asociaciones indígenas a recursos de mar. N° 2894-21.Ingreso: 21/3/2002. Etapa: primer trámite constitucional.

En materia de propiedad industrial y marcas las patentes son una herramienta del derecho que conforman junto con otros instrumentos jurídicos, el marco normativo que da protección al trabajo e inversión en ciencia y tecnología, a través del registro de los inventos y creaciones humanas.

La normativa chilena dando cuenta de esta necesidad, regula las denominadas patentes de invención a través de la Ley N° 19.039, de Propiedad Industrial. Sin embargo, dicha normativa deja fuera expresamente “Las variedades vegetales y las razas animales”⁹⁷, sin prever el fenómeno actual que consiste en que empresas de distintos países desarrollados han patentado recursos genéticos, provenientes de terceros países con el claro interés de apropiarse de la diversidad biológica, lo que les da la facultad de limitar el uso de las especies patentadas y exigir el pago de patentes. Hoy en día existen derechos de propiedad patentados en Estado Unidos⁹⁸ sobre 11 compuestos o procesos derivados de 9 especies chilenas: *Streptomyces higroscopicus*, de donde se deriva la rapamicyna y la droga rapamune, el tomate silvestre, *Lycopersicon Alstroemeria* o lirio del campo, boldo, quillay, avellano, quínoa, *Calceolaria andina* y pepino dulce.

Esta desprotección se observa también a nivel internacional, como ha dado cuenta la Organización Mundial del Comercio, afectando a los pueblos del hemisferio sur, especialmente en el área de la agricultura, de la obtención de nuevas especies vegetales y del resguardo de los conocimientos tradicionales e indígenas⁹⁹.

Actualmente se encuentra en la etapa de primer trámite constitucional en el Congreso Nacional el “Proyecto de reforma Constitucional que protege y regula el dominio público sobre los recursos genéticos de las especies animales y vegetales autóctonas” que consiste en la inclusión de los siguientes tres incisos (12, 13 y 14) al artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República:

⁹⁷ Ley 19.039, artículo 38 letra b.

⁹⁸ El listado de las especies patentadas se encuentra disponible en la página web: <http://www.uspto.gov>

⁹⁹ Proyecto de reforma Constitucional que protege y regula el dominio público sobre los recursos genéticos de las especies animales y vegetales autóctonas. N° boletín 3820-07.

“El Estado tiene el dominio de absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos genéticos y de sus productos derivados en relación a las especies animales y vegetales, endémicas que se encuentren en su territorio.

Una Ley Orgánica Constitucional regulará el régimen de acceso y patentabilidad de estos recursos, el que deberá velar por la salvaguarda de los intereses nacionales y por la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de los recursos genéticos.

El Estado, reconoce el derecho de sus comunidades indígenas sobre sus conocimientos y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”.

Desde la perspectiva de los derechos indígenas este proyecto aporta un importante elemento para la protección de la cultura de los pueblos indígenas al reconocer su derecho sobre los conocimientos y prácticas tradicionales. Además de la protección de los recursos como elementos materiales considera sus usos culturales, lo que implica también la conservación de formas de vida, tradiciones, ceremonias, medicina tradicional y otras ligadas a estos recursos.

6.- CULTURA E IDENTIDAD

La cultura ha sido definida como “la suma de todas las actividades y productos materiales y espirituales de un determinado grupo social que los distingue de otros grupos similares”¹⁰⁰. Dicho de una manera muy simple es la forma en que se desarrollan todos los aspectos de la vida de un grupo, por lo que es difícil abordar el tema relativo a los derechos culturales de una manera aislada. La adecuada protección de cada derecho, aunque no diga estricta relación con las manifestaciones culturales y su ejercicio repercute en la protección de los derechos cultura de un pueblo. Por ejemplo, tal como lo hemos mencionados con anterioridad, es de gran relevancia el respeto de los derechos sobre los recursos naturales, pues la relación con la naturaleza es un elemento básico de la cultura de cada pueblo. Lo mismo ocurre en relación al derecho a la no discriminación; una adecuada regulación que elimine la discriminación y el prejuicio da como resultado, que los Pueblos Indígenas, sus comunidades y miembros puedan practicar sus religiones, lenguas y costumbre libremente y en condiciones de igualdad.

La segunda generación de derechos humanos, esto es, los llamados derechos económicos sociales y culturales, protegen entre otros el derecho a disfrutar condiciones de vida dignas atendiendo las necesidades económicas, sociales y culturales de las personas. Entre estos se encuentran el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, a la protección contra el desempleo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma¹⁰¹.

Las particularidades étnico – culturales de los Pueblos Indígenas exige que el Estado adopte acciones tendientes a expresar esa diversidad que caracteriza a los Pueblos Indígenas, y que se manifiesta en la existencia de una religión, un idioma, costumbres y formas de subsistencia propios¹⁰². Entre las demandas históricas de los pueblos indígenas para con el estado, figura la de preservación de la identidad cultural, demanda que no obstante los esfuerzos y

¹⁰⁰ Reodolfo Stavehagen, Relator de las Naciones Unidas.

¹⁰¹ Ibidem. Pag 25

¹⁰²Jara Orietta y Nancy Yañez Manual de Derechos Indígenas. Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera Inédito. Pág 20.

avances que se han llevado a cabo dentro de los últimos años, sigue aún sin recibir una adecuada y completa respuesta. Como resultado de lo cual, por ejemplo, actualmente gran parte de las etnias del país han perdido casi por completo su lengua.

Los derechos culturales se han dividido en la doctrina en dos categorías: por un lado los relacionados con la supervivencia física y cultural que incluye disposiciones sobre el genocidio y el etnocidio y por otro, los derechos culturales específicos relacionados con derechos religiosos y lingüísticos entre otros¹⁰³.

En adelante, nos referiremos acerca de la situación de los derechos indígenas en relación a ambas categorías.

6.1.- Genocidio y Etnocidio

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que está vigente en Chile desde el año 1953, define en su artículo 2º como genocidio al “conjunto de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

Históricamente, los pueblos indígenas, fruto de las sistemáticas manifestaciones de racismo y discriminación han sido víctimas y siguen sufriendo actos de genocidio y etnocidio¹⁰⁴. El concepto de genocidio se refiere a la destrucción de la vida biológica y también a la destrucción de una cultura o forma de vida, este último aspecto es lo que se denomina etnocidio.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas implica como elemento básico, una adecuada protección del “derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos y a gozar de plenas garantías contra el genocidio”¹⁰⁵.

¹⁰³ Esta clasificación es creada por Fergus Machay y es expuesta en su libro. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional. APRODEH. Lima 1999. Pág 134-136.

¹⁰⁴ Declaración de los pueblos indígenas de America ante la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Snatago de Chile. Diciembre 2002

¹⁰⁵ Op. Cit. Pág. 134.

En la convención sobre el genocidio, el artículo 5º, establece que “Chile se compromete a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de dicho tratado, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio”. Compromiso aún no se ha llevado a cabo¹⁰⁶.

En razón de esta situación, que ya se ha prolongado por más de cincuenta años, se ingresó en el año 1992, un proyecto¹⁰⁷ para modificar el Código Penal, en relación al delito de genocidio que propone reemplazar el párrafo primero del Título III del Código Penal por el siguiente: “De los crímenes contra la humanidad y del genocidio en especial”.

Luego se reemplaza el artículo 137 del Código Penal por el siguiente: “Comete genocidio el que, con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tal:

1º Ejecuta alguno de los delitos a que se refieren los artículos 342, 343, 345, 349, 357, 391, 395, 396, 397 y 398, en tal caso sufrirá la pena asignada al delito aumentada en un grado. Si dicha pena fuere la de muerte, deberá imponerse la de presidio perpetuo;

2º Someta al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. Esta conducta será castigada con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

En la misma pena incurrirán los que lleven a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren medidas que tengan por objeto impedir nacimientos en el seno del grupo o busquen impedir su género de vida o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro”.

¹⁰⁶ Eduardo Frei, Máximo Pacheco y Mariano Ruiz Esquide, Senadores de la república año 1992, en la moción parlamentaria presentada al congreso, con la que se le da inicio al proyecto de modificación del código penal en relación con el delito de genocidio.

¹⁰⁷ Boletín 809-07

Por último, se agrega el siguiente inciso final al artículo 101 del Código Penal: “tratándose del delito de genocidio, la acción penal y la pena son imprescriptibles y tal delito no será considerado para efecto alguno como delito de carácter político”.

Como vemos, de ser realidad este proyecto, el cual esta en tramitación en el Congreso Nacional desde el año 1992, se estaría cumpliendo, con los términos del compromiso adquirido por Chile en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que está en vigente en Chile desde el año 1953, modificando la legislación penal de manera de tipificar específicamente el delito de genocidio.

Aunque tardía, dicha reforma representaría un paso en la incorporación al derecho interno de estándares internacionales vigentes en otros países hace ya muchos años. Sin embargo, los términos en los cuales la aludida convención sobre genocidio, suscrita por Chile, se refiere al delito de genocidio y que tienen específica relación con la persecución de dicho delito, adolecen de falencias en su formulación. En efecto la Convención sobre el genocidio establece que los pueblos deben proporcionar la evidencia necesaria de que un gobierno tiene intención de cometer genocidio, lo cual ha impedido la debida protección de las poblaciones en peligro, ya que muchas políticas gubernamentales que tienen un efecto genocida se presentan de una manera subrepticia a través de canales burocráticos, lo que hace muy difícil que se pueda establecer pruebas de la intención genocida.

Dicho problema, sin duda, debe ser superado en orden de lograr un efectivo sancionamiento del genocidio y etnocidio, tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido el Borrador de declaración intenta dar solución al problema refiriéndose a los “efectos etnocidas”¹⁰⁸, con lo que se elimina el problema de tener que establecer las pruebas de la intención genocida o etnocida. A demás este documento propone ampliar la protección contra lo que denomina “asimilación e integración forzada” “violaciones o denegación de derechos a tierras territorios y recursos”; “transferencias de poblaciones que tengan como propósito o el efecto de

¹⁰⁸ Borrador de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas” redactado por el grupo de trabajo creado para éste fin en 1993. En Machay Fergus. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional. APRODEH. Lima 1999. Pág. 399- 442.

violiar o socavar cualquier otro derecho” y “la propaganda dirigida en contra de los pueblos indígenas”.

En suma, con la nueva formulación del delito de genocidio y etnocidio, que se desprende del Borrador de Declaración de las Naciones Unidas, sobre los derechos de las poblaciones indígenas, son actos genocidas los que se realizan con el “propósito o el efecto” de privar a los pueblos de su integridad como tales, de sus valores culturales o de su integridad étnica. La importancia de éste artículo es que abarca acciones o políticas que tienen un efecto etnocida, a demás de aquellas que, en forma explícita y premeditadas, hayan sido cometidas con ese fin.

6.2.- Derechos Culturales específicos

Por derechos culturales específicos, nos referimos a aquellos que tienen que ver con la práctica y el desarrollo de las distintas manifestaciones culturales de un pueblo, que en su conjunto conforman una integridad cultural, entre ellos están los derechos a hablar su propia lengua, practicar y profesar su propia religión y desarrollar determinadas actividades económicas y sociales, entre otros. Para lograr el respeto de estos derechos, se hace necesaria la implementación, por parte del Estado y sus instituciones, de un conjunto de medidas que hagan posible tal desarrollo cultural; a saber la ejecución de programas de educación bilingüe, programas de medicina intercultural, la implementación de formas de protección para las tierras ancestrales y comunales que constituyen base fundamental en la preservación de la identidad cultural entre otras medidas.

En Chile, la Ley Indígena otorga un marco jurídico de protección de los derechos culturales. En este sentido el artículo 7 dispone que el estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, luego el artículo 19 reconoce el derecho de los indígenas a ejercer actividades comunitarias en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal.

El Título IV de dicha ley, denominado “De la cultura y educación indígena” establece obligaciones a los organismos públicos, relativos al reconocimiento, respeto y protección de elementos culturales tales como el idioma, las expresiones artísticas (artículo 28º), el patrimonio cultural, histórico y arqueológico (artículo 29º).

Mas adelante la ley dispone que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el organismo público encargado de promover coordinar y ejecutar las acciones del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y las comunidades indígenas, especialmente lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional y en específico de promover el reconocimiento de las etnias indígenas y sus comunidades y de promover la cultura e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación”¹⁰⁹.

Si bien la presente normativa esta acorde en gran medida con los estándares internacionales, en el desarrollo cultural de un pueblo influyen muchísimos aspectos, que van más allá de la regulación en materia de derechos culturales específicos. No gozar de un adecuado reconocimiento como pueblo, ni de sus estructuras políticas y sociales, ser objeto de sucesivas usurpaciones territoriales y discriminación sistemática, entre otras violaciones a los derechos humanos, produce un daño irreparable en el desarrollo de todos los elementos que componen la cultura de un pueblo. En otras palabras, un reconocimiento a los derechos culturales, por si solo, no sustenta supervivencia y el desarrollo de la cultura de un pueblo, si éste no va acompañado del reconocimiento de un amplio conjunto de derechos políticos, sociales, económicos, territoriales etc.

En adelante daremos revisión a los proyectos detectados, referidos al desarrollo y preservación de la cultura e identidad indígena:

1. En septiembre de 2004, se ingresó a tramitación un proyecto de ley que establece una reforma de la normativa aplicable al patrimonio cultural material indígena y crea las categorías de patrimonio cultural material e inmaterial.

¹⁰⁹ Ley N° 19.253 artículo 39 letra b.

Este proyecto busca fortalecer las facultades del Consejo de Monumentos Nacionales, ampliarlas, crear nuevas categorías de Monumentos Nacionales, y definir de manera clara y precisa algunos términos que aparecen poco claros en la actual Ley N° 17.288.

En lo medular se propone:

1.- Definir qué se considera patrimonio cultural material e inmaterial indígena; el inmaterial lo conforman los idiomas o las tradiciones orales, los bailes y carnavales indígenas así como las manifestaciones de folklore nacional, los carnavales y ceremonias andinos, o el *nguillatun* mapuche.

El concepto de patrimonio cultural inmaterial no es ajeno a la legislación chilena, éste ya es una categoría legal en Chile, en virtud de la Ley 19.891. La reforma propuesta, busca que exista igualdad entre las sub-categorías de patrimonio cultural, pues no parece razonable que sólo el patrimonio físico, tangible o material pueda acceder a la categoría de monumento nacional. Existen manifestaciones del patrimonio cultural intangible que son suficientemente relevantes e importantes como para acceder a la categoría de monumento nacional, como los carnavales andinos (*anata*) o las ceremonias religiosas mapuche (*nguillatun*), si cuentan con el consentimiento y la solicitud de las comunidades indígenas que las celebran.

El patrimonio cultural material de los pueblos indígenas está regulado positivamente por la Ley de Monumentos Nacionales N° 17.288, complementada por el artículo 29° de la Ley Indígena, mientras que el patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas se encuentra regulado por el artículo 28° de la Ley Indígena. La presente propuesta busca que se respete este equilibrio en los actuales programas que efectúan las instituciones competentes del estado.

2.- Prohíbe la venta o cualquier forma de enajenación del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Paralelamente, se limita el plazo de préstamo o intercambio de piezas arqueológicas de los pueblos indígenas y se dispone que es

necesario el consentimiento las comunidades afectadas para tal préstamo o intercambio.

3.- Redefine los tipos penales en relación con los delitos cometidos sobre los bienes culturales: daños, robo, hurto, y receptación. El objetivo es ampliar las sanciones penales, para que éstas afecten a todos quienes participan en la cadena del tráfico, la venta y la adquisición de bienes culturales.

4.- Propone que un antropólogo, un lingüista, y un experto en folklore nacional e historia indígena, integren el Consejo de Monumentos Nacionales, con el fin de ampliar su competencia en materias culturales, de tal forma de lograr una adecuada protección del patrimonio material e inmaterial.

5.-Creación de un Fondo para el rescate, protección, restauración y cuidado del patrimonio material indígena y sus monumentos nacionales.

6.-Fomentar la participación ciudadana y de los pueblos indígenas en el rescate, custodia, reparación y protección del patrimonio cultural material de los pueblos indígenas.

7.-Declarar las iglesias andinas de la primera a la tercera regiones y los cementerios indígenas, monumento nacional, con el fin de protegerlos.

Al igual que en otras materias, en relación a la defensa del patrimonio arqueológico, nuestro país también presenta un retraso en incorporar los estándares internacionales. La Convención de San Salvador sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas vigente desde 1976 aún no ha sido ratificada por Chile, encontrándose en la actualidad en etapa de tramitación desde el año 2004¹¹⁰.

Dicha convención en lo sustancial establece:

¹¹⁰ Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico histórico y artístico de las naciones americanas. N° 3747-10. Ingreso: 14/12/2004.

1) El impedimento de la exportación o importación ilícita de los bienes culturales, lo que debe hacerse con la adecuación de las legislaciones internas de cada país, los que “tomaran las medidas que consideren eficaces para prevenir y reprimir la exportación, importación y enajenación de los bienes culturales” y;

2) La promoción de la cooperación entre los Estados para el mutuo conocimiento y apreciación de los bienes culturales.

Este proyecto constituye un significativo aporte en la protección de las culturas originarias y sus testimonios materiales. Busca poner término a la usurpación, comercialización y exportación de bienes culturales que por siglos ha despojado a los pueblos de los testimonios materiales de su historia. También establece normas de fomento del conocimiento, la difusión y apreciación de los bienes culturales.

2. Proyecto de ley que establece una excusa legal absolutoria en relación al porte, tenencia y consumo de hoja de coca y alcohol con motivo de celebraciones de índole religiosa¹¹¹.

El fundamento de esta iniciativa se encuentra en el respeto a las actividades y formas de vida de los pueblos Aymara y Atacameño que dan un uso tradicional, religioso y místico a la hoja de coca, costumbre que se practica desde tiempos inmemoriales. Este tipo de iniciativas legales hacen posible que se concrete lo dispuesto en la ley 19.253 sobre protección y fomento de los pueblos indígenas en materia de preservación y desarrollo de su cultura.

Como señala el proyecto de ley existe actualmente una contradicción entre los principios que informan la ley indígena que dicen relación con el respeto a la diversidad cultural, el fomento y desarrollo de la cultura de los pueblos indígenas y ciertas normas específicas que en la práctica impiden que dichos pueblos realicen

¹¹¹ Proyecto de ley que establece excusa legal absolutoria al porte, tenencia y consumo de hoja de coca y alcohol con motivo de celebraciones de índole religiosa en un contexto cultural diverso. N° 3211-17. Ingreso: 2/4/2003.

sus actividades tradicionales. Este tipo de contradicciones surge en la relación entre los estados y los pueblos indígenas que habitan dentro de éstos y no se rigen por sus propios ordenamientos tradicionales. En este punto creemos que en el tratamiento jurídico de los pueblos indígenas se debe ser cuidadoso por cuanto normas de aplicación general pueden estar impidiendo el normal desarrollo de la cultura de un pueblo. En este tema el punto central del debate es el límite hasta donde los estados deben o pueden hacer excepciones que permitan prácticas culturales incompatibles con el ordenamiento jurídico general.

3. Por último en relación a temas culturales se encontraron dos proyectos que buscan establecer feriados legales, en fechas específicas. El primero de ellos¹¹² declara feriado legal nacional el día 24 de junio, fecha que se denominara “Día de los pueblos originarios”, y que corresponde a la celebración del año nuevo para la gran parte de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional.

El segundo proyecto¹¹³ reconoce la importancia que el pueblo Aymara le asigna al día 21 de junio de cada año, en que se celebra la fiesta del Inti Raima o fiesta del sol, los autores del proyecto someten a la aprobación y despacho del Congreso Nacional, este Proyecto de Ley para decretar feriado este día, de especial significación para este pueblo, como expresión de reconocimiento y respeto por su cosmovisión, creencias y tradiciones.

Ambos proyectos, si bien constituyen señales positivas de apertura de la sociedad a la diversidad y un reconocimiento a derechos culturales de los pueblos indígenas, no representan cambios significativos en su realidad de histórica discriminación, postergación y sistemáticas violaciones a sus derechos fundamentales.

¹¹² Establece el 24 de junio Día de los Pueblos Indígenas Originarios, como feriado legal. N° 3941-06. Ingreso: 3 agosto 2005. Etapa actual: primer trámite constitucional

¹¹³ Proyecto de ley que establece como feriado local el día 21 de junio en beneficio de la comunidad Aymara. N° 3901-06. Ingreso: 22 de junio 2005. Etapa actual: primer trámite constitucional

CONCLUSIONES

La idea de hacer una revisión de la agenda legislativa en tramitación parte de la evidencia de situaciones gravemente atentatorias en contra de los derechos de los pueblos indígenas que tienen un firme respaldo jurídico. Actualmente están vigentes leyes cuya aprobación, por distintos motivos, se llevó a cabo sin la adecuada participación de los afectados y de los organismos que se dedican a la protección de sus derechos.

Muchas de las leyes que permiten la actual situación de desmedro e injusticia, no fueron elaboradas por medio de cauces democráticos, por lo que fue imposible una adecuada participación de los sectores afectados y una discusión que pusiera en el debate las consecuencias de tales cuerpos normativos. Hoy, aunque como país hemos recuperado la democracia, esta situación persiste ya no por la imposición de un gobierno de facto, sino por la gran asimetría de información que existe entre la institucionalidad y las personas, y la escasa participación ciudadana lo que se acentúa en el caso de los pueblos indígenas.

La actual situación de los pueblos indígena, que muestra graves falencias en el reconocimiento y respeto de sus derechos es fruto de una tendencia histórica, que se inicia desde los tiempos de la colonia y se ha desarrollado hasta nuestros días, sin que el Estado y la Sociedad Civil en su conjunto hayan sido capaces de incluir esta problemática en el proceso de reconstrucción de nuestra democracia. Situación que hace pensar que llevando a cabo una labor anticipatoria a la aprobación de futuras leyes es posible de revertir en alguna medida y contribuir al avance en el reconocimiento legal de los derechos indígenas y en la creación de formulas legales que garanticen el pleno goce de sus derechos como individuos y como pueblos.

Como respuesta a esta motivación se inició la presente revisión de los proyectos de ley actualmente en tramitación, con la aspiración de detectar tendencias políticas que dieran cuenta de las falencias de nuestro sistema jurídico institucional en el tratamiento de los temas relativos a los pueblos indígenas.

Además, con la firme convicción de que un exhaustivo análisis y diagnóstico de las futuras leyes será un elemento útil en el mejoramiento y superación de estas situaciones.

Una observación preliminar respecto del conjunto de proyectos revisados permite concluir que existe una gran dispersión y desconexión en las propuestas dirigidas al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Con excepción de un par de proyectos, se hace evidente la ausencia de visiones de conjunto, de propuestas integrales con proyecciones de largo plazo y generadas desde las bases. Abundan proyectos que aportan soluciones parciales y descontextualizadas, que si bien atienden a situaciones puntuales, no contribuyen realmente a la superación de los problemas de fondo.

Tal como se planteó al comienzo, esta revisión se llevó a cabo dentro de los parámetros que se desprenden de los instrumentos que diversos organismos internacionales han desarrollado en materia de derechos humanos y en materia de derechos específicos indígenas. También se tomaron como referente los avances que en el tratamiento del tema indígena han logrado otros países latinoamericanos. Desde ésta perspectiva resulta evidente que Chile está notoriamente desfasado con respecto a los demás países de la región en materia de derechos humanos y particularmente en materia de derechos indígenas.

Se observa una tendencia histórica, que persiste hasta la actualidad, de negación de la existencia de los pueblos indígenas y consecuentemente del carácter multiétnico de nuestra sociedad. Esta tendencia a la postergación y a la negación está presente, en mi opinión, en algunos casos de manera sutil y otras veces explícita, no sólo en las leyes actualmente vigentes sino también en las que están en proyecto y que fueron objeto de este estudio.

El tema de fondo es que desde el nacimiento del estado chileno y en un afán de lograr la unidad nacional, propia de las concepciones liberales, no se ha considerado a los pueblos indígenas en su diversidad. Esto en la práctica se traduce en una desprotección por parte de las instituciones frente a las fuerzas del

estado, del mercado, del progreso económico y de su propia vulnerabilidad en relación al paradigma occidental.

Las falencias de las leyes vigentes, tampoco se vislumbra que vayan a ser superadas con los proyectos favorables a la causa indígena que actualmente están en la agenda legislativa. Tales proyectos, en general son insuficientes y como ya se señalara presentan soluciones parciales, dispersas, muchas veces superficiales y no verdaderamente fundamentadas en las necesidades de los afectados. De manera que aunque fueran aprobados, los avances no serían significativos.

De los 33 proyectos revisados, la mayoría de los proyectos claramente perjudican los intereses indígenas y son éstos los que, en términos generales, han tenido mayor celeridad en su tramitación. Aparentemente los proyectos que van en beneficio del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se encuentran postergados y presentan mayores dificultades en el proceso de tramitación.

Al analizar los proyectos de reconocimiento constitucional, resulta inevitable comparar con el reconocimiento que otros países latinoamericanos tienen plasmado en sus constituciones. Frente a esta comparación nuestros proyectos de reconocimiento, aparecen como tímidos, excesivamente cautelosos y hasta temerosos, de asumir que el país está conformado por una sociedad multiétnica y multicultural. Con preocupación vemos que no se ha detectado un avance en la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT y los proyectos de reconocimiento Constitucional. Lo que da cuenta de la escasa voluntad política por parte del poder legislativo de progresar en este aspecto.

La situación más grave que actualmente enfrenta el pueblo mapuche, deriva de la aplicación de la ley antiterrorista y leyes penales comunes como el abigeato, inmersas en el fenómeno de la criminalización de las demandas de los pueblos indígenas. La aplicación que hoy en día se hace de estas normativas en causas relativas a reivindicaciones territoriales mapuches tiene efectos genocidas y etnocidas, porque desintegra, destruye, anula las organizaciones y al movimiento además del daño personal que causa a quienes se les aplica. En este tema se

puede observar con aún más claridad la escasa voluntad política de avance, en efecto el proyecto de Libertad condicional, que tenía carácter de urgente en el Congreso y ya había sido aprobado por la Comisión Constitucional de Legislación y Justicia, fue rechazado en el Senado por una amplia votación.

El fenómeno de la criminalización, como se observa, va más allá de la Ley Antiterrorista. Los proyectos que pretender castigar acciones reivindicatorias privando a los indígenas de beneficios, como consecuencia jurídica adicional a la pena establecida para ciertos delitos, de ser éstos cometidos dentro del contexto de acciones reivindicacionistas, es en último término igualmente etnocida. Porque además del daño patrimonial a las personas directamente afectadas, desintegra, atemoriza y por lo tanto debilita las estructuras sociales mapuche.

En los proyectos relativos a recursos naturales, se hace notoria la ausencia de la incorporación de la dimensión antropológica en el tratamiento de cada uno de los temas. En la regulación sectorial de recursos naturales, los énfasis están puestos en los aspectos técnicos, productivos, claramente orientada al valor del recurso en el mercado, sin considerar su valor para la sustentabilidad del hábitat de pueblos que ancestralmente se han desarrollado en ellos. Esta es otra expresión de la histórica negación de que han sido víctimas los pueblos indígenas por parte de la sociedad chilena.

Por otra parte, en el tratamiento de los recursos naturales, también se detectan falencias desde el punto de vista de la protección de los ecosistemas en su dimensión global y las múltiples interrelaciones entre sus componentes. De esta forma se afecta indirectamente a los pueblos indígenas quienes desarrollan estilos de vida muy ligados a la naturaleza. Tampoco se incorpora la enorme sabiduría que la cultura indígena ha acumulado a lo largo de los siglos en su interacción con la naturaleza, en plena armonía con su equilibrio, que podría ser un valioso aporte a los planes de conservación de los ecosistemas.

Las causas del estado actual de la situación son múltiples y trascienden el ámbito de este trabajo, sin embargo después de haber revisado los proyectos de ley, la normativa internacional, la situación de otros países de la región y

acercándome a la realidad de personas y comunidades indígenas, considero que el aspecto legal es sólo uno de los elementos del problema y de las soluciones.

Un real reconocimiento de nuestros pueblos indígenas en su diversidad, y en la plenitud de sus derechos es una tarea de toda la sociedad e involucra un cambio cultural profundo del cual la legislación puede ser el catalizador. De ahí que creo que es posible aportar desde el conocimiento del derecho a este cambio. Esto, junto con un interés personal que deriva del hecho de reconocer raíces familiares ligadas a la etnia mapuche, es lo que le da sentido al presente trabajo.

Deseo destacar lo que ha significado la realización de este trabajo en términos de mi formación no sólo jurídica sino también humana. He logrado ampliar mi comprensión de esta problemática en los aspectos jurídicos, pero por sobre todo, esta revisión me ha hecho reflexionar sobre la dimensión humana y ética de la relación de la sociedad chilena con nuestros pueblos originarios.

Iniciativas como ésta, son relevantes en los diversos ámbitos de la vida ciudadana e indispensables para fortalecer la democracia desde las bases, y ayudan a las personas y organizaciones a estar vigilantes, informados y participantes en los distintos niveles de decisión en que se generan las estructuras o marcos legales y se afectan sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Anaya, James. (2003). *Los derechos de los Pueblos Indígenas*. Extracto del artículo publicado en "La protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del siglo XXI. F. Gómez ed. U Deusto. Bilbao.
2. Assies, Willem, Gemma van der Haar y André Hoekema (1999). *El reto a la diversidad*. El Colegio de Michoacán. México.
3. Aylwin, José. Ombudsman y derechos indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2006.
4. Aylwin, José. (agosto 2002) El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos. Volumen I y Volumen II. LC/L.1767-P/E. CEPAL, Santiago, Chile.
5. Aylwin, José (2004). *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*. Temuco, Chile: Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera.
6. Aylwin, José (1994). *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile en la transición democrática*. Estudios sociodemográficos de los pueblos indígenas. Ana María Oyarce y Susana Schkolnik. Santiago de Chile: CELADE.
7. Bengoa José (2004). *La memoria olvidada: historia de los pueblos indígenas de Chile*. Santiago de Chile, Publicaciones Bicentenario.
8. Bonfil, Batalla (1995). *Premisas Jurídicas y Políticas del Etnodesarrollo*. En: Obras Escogidas de Guillermo Bonfil Batalla. Tomo 2. Instituto Nacional Indigenista. México.

9. Castro, Milka (2004). *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*. Santiago de Chile. Programa de interculturalidad, Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Universidad de Chile.
10. Correa, Martín; Molina Raúl; Yañez Nancy (2005). *La Reforma Agraria y las Tierras Mapuches en Chile 1962-1975*. Santiago de Chile. LOM Ediciones
11. Cumplido Cereceda, Francisco (2003), *La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5 de la Constitución: Sentido y alcances de la reforma*. Doctrina y Jurisprudencia. Ius et Praxis, 2003, vol.9 nº1.
12. Daes, Erica – Irene (Relatora Especial ONU) (1995). Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas. Informe Final (UN Doc E/CN.4/Sub.2/1995).
13. Díaz-Polanco, Héctor (Comp.) (1995). *Etnia y Nación en América Latina*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México.
14. Díaz - Polanco, Héctor y Consuelo Sánchez (2002). *México Diverso: El debate por la Autonomía*. Siglo XXI Editores. México.
15. Fondo Indígena (2005). *El avance de las declaraciones sobre derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y OEA y el estado actual de ratificación del Convenio 169 de la OIT en la región*. Bolivia.
16. Fredes Miguel. (2004). *Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la comunidad indígena de Awas Tigni*. Derechos Humanos Propiedad Indígena y Medio Ambiente. Centro Austral de Derecho Ambiental
17. Gómez Magdalena (2006). *Chile y su Contrarreforma Indígena*. La Jornada Mexico. 31 de enero 2006.

18. Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (2004). *Indebido Proceso. Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los Mapuche en el sur de Chile*. Octubre 2004. vol 16. No. 5(B).
19. Instituto Nacional de Estadísticas (2005). *Estadísticas sociales de los pueblos indígenas en Chile*. Censo 2002. Santiago de Chile.
20. Instituto de Estudios Indígenas (2003). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Informe del Programa de Derechos Indígenas de la Universidad de la Frontera*. Ediciones LOM. Chile
21. Jara Orietta y Nancy Yañez. *Manual de Derechos Indígenas*. Programa de Derechos Indígenas, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera. Inédito
22. Kymlicka, Will (1996). *Ciudadanía Multicultural: Una teoría liberal de los Derechos de las Minorías*. Ediciones Piados Ibérica S.A. España.
23. Mackay, Fergus (1999). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*. Federación Internacional de Derechos Humanos, Lima.
24. Martínez Cobo, José (Relator Especial ONU) (1986 – 1987). “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986 –1987/ 4 addendas.
25. Martínez, Miguel (Relator Especial ONU) (1999). *Estudio sobre los Tratados, Convenios y Otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas (Informe Final)* ONU, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub. 2/1999.
26. Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (2005). *Los Derechos de los Pueblos Indígena: Balance 2004*. Documento de Trabajo nº 1, Temuco, enero 2005.

27. Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (2005). *Implementación de Legislación y Jurisprudencia Nacional relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas: La Experiencia de Chile*. Documento de Trabajo nº 3, Temuco octubre 2005.
28. Rouland Norbert, Stephane Pierre – Caps y Jacques Poumarede (1999). *Derechos de las Minorías y de Pueblos Autóctonos*. Siglo veintiuno ediciones. México D.F.
29. Stavenhagen , Rodolfo (Relator Especial ONU), *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas*, ONU Consejo Económico y Social, E/CN.4/2003/90.
30. Stavenhagen, Rodolfo (1988). *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. El Colegio de México e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México. Instrumentos Internacionales.
31. Stavenhagen, Rodolfo, e Iturralde, Diego (1990). comp. *Entre la Ley y la Costumbre. el Derecho Consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México.
32. Taylor, Charles (1993). *El Multiculturalismo y la Política de Reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica. México.
33. Yáñez, Nancy. Poats, Susan. (2005). *Derecho de agua y gestión ciudadana en los Andes*. Proyecto Visión Social del Agua. SGIAB/IDRC.
34. Yáñez, Nancy. (2005) *Fundamentos jurídicos para el reconocimiento de derechos indígenas al agua: Análisis normativo, jurisprudencial y de casos en el contexto chileno*.

35. Yañez, Nancy. (1990) Derechos humanos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y su implicancia en el caso chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.