

## **DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

### **SÍNTESIS**

Durante buena parte de 2010 la situación de los pueblos indígenas, y en particular del pueblo mapuche, ocupó la agenda y llamó la atención de la ciudadanía y de las autoridades. Una huelga de hambre que se prolongó por casi tres meses suscitó la discusión sobre el uso de herramientas procesales y penales que por años han sido denunciadas por este *Informe*, y por diversas organizaciones nacionales e internacionales, como atentatorias contra los derechos fundamentales de las personas.

Durante este año también ha entrado en plena vigencia el Convenio 169 de la OIT, que establece los derechos de los pueblos indígenas e impone desafíos para su implementación. La respuesta del Estado ha sido equívoca: algunos tribunales han aplicado sus normas, mientras que en la Corte Suprema se aprecia una tendencia a restarle valor normativo; el Ejecutivo no ha indicado claramente cómo implementará el Convenio, y el Parlamento debate una reforma constitucional que interesa a los pueblos indígenas pero que desatiende las consabidas recomendaciones de consultarlos siempre en lo que los concierne.

Finalmente, el desarrollo de algunos estándares internacionales en materia de investigaciones por causas de violencia policial en contra de comuneros mapuche ha sido insatisfactorio. Aunque ha habido anuncios relativos a la intención de mejorar la situación de los indígenas, como el “Plan Araucanía” –que será objeto de análisis del *Informe 2011*, ya que no se conocen sus detalles– y la constitución de mesas de diálogo, falta ver cuáles serán las medidas que se adopten para llevar a la práctica las promesas políticas.

*PALABRAS CLAVE: Convenio 169, huelga de hambre, ley antiterrorista, consulta previa, justicia militar, reconocimiento constitucional.*

## INTRODUCCIÓN

El capítulo revisa en detalle cómo se ha ido implementando el Convenio 169 de la OIT, vigente en Chile desde septiembre de 2009, mediante el examen de los casos judiciales y administrativos donde ha tenido aplicación, así como de la regulación administrativa actualmente en vigor. Se concluye que, a pesar de los avances que algunas Cortes de Apelaciones del sur han promovido, la Corte Suprema está vaciando de contenido las disposiciones del Convenio.

Por su parte, el Congreso Nacional ni siquiera ha debatido reformas a las leyes sectoriales que, bajo los estándares del Convenio, han de ser modificadas. Respecto de ello, se consigna la opinión de la máxima autoridad en la materia en el país, quien no ve que el Convenio vaya a mejorar la situación de los indígenas, no obstante tratarse de un tema fundamental para ellos.

El capítulo también hace un seguimiento de la respuesta judicial en los casos de Matías Catrileo y Jaime Mendoza, y de la discusión sobre el proyecto de reforma constitucional que da reconocimiento a los pueblos indígenas, incluidos los problemas técnicos que representa. Finalmente, se hace mención a la huelga de hambre y su conexión con las modificaciones anunciadas a la legislación antiterrorista y a la justicia militar. Como siempre, el capítulo cierra con recomendaciones a diversas autoridades orientadas a avanzar en la situación de los derechos de los pueblos indígenas.

### 1. ENTRADA EN VIGENCIA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

En septiembre de 2009, tras casi dos décadas de discusión en el Parlamento, entró en vigencia en Chile el Convenio 169 de la OIT. Este tratado internacional establece una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas y con ello rompe con el paradigma asimilacionista del Convenio 107 de 1957, y por lo tanto con las políticas que los organismos internacionales y los propios Estados impulsaban inspirados en aquél. Entonces se entendía que los indígenas eran ante todo personas –o trabajadores; de allí el interés de la OIT por legislar al respecto– pobres, y que el deber de los Estados era impulsar políticas agresivas de erradicación de la pobreza basadas en el principio de la asimilación: los indígenas, para abandonar su condición de pobreza, debían parecerse lo más posible a la sociedad mayoritaria, es decir, alejarse de su cultura.

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, durante las décadas posteriores, determinó que se abandonase la noción asimilacionista y se diera paso a un concepto de derechos colectivos que modifica el paradigma desde el cual se evalúan las políticas indí-

genas: a partir del Convenio 169, los indígenas son, jurídicamente, *pueblos*, no *poblaciones*, esto es, sujetos colectivos de derecho, a quienes se les reconoce la titularidad de derechos y en consecuencia la facultad de reclamar como hasta entonces solo ocurría respecto de individuos o de los propios Estados. Aunque los indígenas son en muchos casos personas en condición de pobreza, tienen además derecho a que su condición étnica incida en la elaboración y concreción de políticas y medidas estatales. Tal es la noción que sostiene el Convenio 169, tratado internacional que hasta el día de hoy es el más importante en la materia.<sup>1</sup>

Pero estas nociones no las comparten algunas de las autoridades responsables de llevar adelante la política indígena. Por ejemplo, el actual asesor para pueblos indígenas, Sebastián Donoso, en una opinión académica publicada en 2008, manifestaba reparos a los contenidos de este tratado internacional.<sup>2</sup> Según él, el Convenio está “impregnado de [una] visión [que ve] en la integración una amenaza a la preservación de las identidades y culturas indígenas”; comparte el “sesgo pro-rural” de la ley indígena chilena, esto es, “promueve una visión según la cual ser indígena es sinónimo de ruralidad, por lo que se asume que las identidades indígenas se reproducen en ese entorno”; plantea que “el espíritu del Convenio parece alinearse del lado del asistencialismo” en materia de entrega de tierras, y que, al inclinarse hacia los derechos colectivos, “nos aparta de una larga tradición jurídica de consagración de derechos individuales, por una parte, y por otra, entraña el riesgo de desatender o restar énfasis a la satisfacción de los derechos individuales de los indígenas...”.

La ratificación del Convenio 169 fue una promesa que la Concertación de Partidos por la Democracia hizo en 1989, cuando suscribió el Acuerdo de Nueva Imperial con representantes de pueblos indígenas. Y a pesar de que en 1991 el entonces Presidente, Patricio Aylwin, envió el tratado al Congreso Nacional, no fue sino hasta 2008 que éste le dio su aprobación. Los argumentos relativos a que la nación chilena es una e indivisible, que un tratado como éste podía poner en cuestión este carácter unitario e incluso la posibilidad de secesión, marcaron buena parte del debate parlamentario, que obstaculizó en reiteradas ocasiones el cumplimiento de la promesa electoral.

1 En septiembre de 2007, la Asamblea General adoptó la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece estándares de protección aun más intensos que los del Convenio 169 de la OIT. Por ejemplo, mientras este último establece el deber de consulta previa, la Declaración lo eleva al estándar de consentimiento previo, libre e informado. La diferencia entre ambos instrumentos, Convenio y Declaración, es que la segunda no dispone obligaciones jurídicas vinculantes, como sí lo hace el Convenio, que tiene carácter de norma jurídica directamente obligatoria.

2 Sebastián Donoso, “Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro”, Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, serie n° 16, abril de 2008, pp. 3-12.

Finalmente se consiguieron los votos necesarios, aun cuando el Gobierno de Michelle Bachelet quiso ratificarlo con una declaración interpretativa que habría limitado su alcance. La declaración fue rechazada por la propia OIT.<sup>3</sup>

### 1.1. El Decreto Supremo 124 de Mideplan

Hasta la entrada en vigencia del Convenio 169, la regulación sobre cuestiones indígenas en Chile reposaba en la “ley indígena” de 1993. A los pocos días de entrar en vigencia el Convenio, el Gobierno de Michelle Bachelet publicó un decreto supremo que reglamentaba la norma sobre participación de dicha ley.<sup>4</sup> El objeto era regular la consulta y participación de los pueblos indígenas, reconociendo que las normas del Convenio 169 que se refieren a estas materias –los artículos 6 y 7– tendrían vigencia inmediata, pero que de todos modos necesitaban de articulación interna para su aplicación.

Lo cierto es que el decreto supremo restringió el ámbito de aplicación de la consulta y de la participación tal como están prescritas en el Convenio. Así por ejemplo, ya desde la definición de la consulta surgen problemas: el Convenio 169 dispone la obligación de los gobiernos de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, mientras que el decreto chileno dispone que la consulta es

el procedimiento a través del cual los pueblos indígenas interesados, *a través de los sistemas que este reglamento diseña*, pueden expresar su opinión acerca de la forma, el momento y la razón de determinadas medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y que tengan su origen en alguno de los órganos de la administración del Estado señalados (...) en este reglamento, mediante un procedimiento adecuado y a través de sus organizaciones representativas (art. 2; el destacado es nuestro).

La reglamentación chilena señala en una misma frase que la consulta se hace “a través de los sistemas que este reglamento diseña” y

<sup>3</sup> Ver *Informe 2008*, pp. 366-371.

<sup>4</sup> Decreto Supremo 124 del Ministerio de Planificación, publicado el 25 de septiembre de 2009. Además de la firma de la Presidenta, el decreto supremo fue suscrito por los entonces ministros de Planificación, Paula Quintana, secretario general de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, secretaria general de Gobierno, Carolina Tohá, de Agricultura, Marigen Hornkohl, de Educación (s), René Cortázar, de Bienes Nacionales, Romy Schmidt, y por el subsecretario de Planificación, Eduardo Abedrapo.

“mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”, siguiendo la fraseología del tratado internacional. El problema es que, en detalle, las disposiciones reglamentarias efectivamente diseñan un sistema de consulta que establece una serie de restricciones a su ámbito de aplicación.

### **1.1.1 Definición de consulta**

El decreto supremo entiende por consulta el “procedimiento a través del cual los pueblos indígenas (...) *pueden expresar su opinión...*”. Desde el punto de vista del derecho internacional, la consulta es más que la posibilidad de opinar respecto de una determinada medida administrativa o legislativa. En opinión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, este mecanismo lleva adelante “negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y [que] se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no [como] consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones”.<sup>5</sup> Es decir, no se satisface la obligación que pesa sobre el Estado de consultar a un pueblo indígena por el solo hecho de escucharlo; sin embargo, con este decreto supremo esa posibilidad es plenamente admisible.

### **1.1.2 Ámbito de aplicación**

El Convenio 169 no distingue las materias que deben ser sometidas a consulta. Su letra es clara: se debe consultar a los pueblos indígenas “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. El decreto, en cambio, prescribe que la consulta procede respecto de “determinadas medidas”. Por eso, si el Convenio no distingue, no le es lícito al Estado de Chile hacerlo sin que al menos esgrima una razón poderosa para ello. Y no lo hace. De esta manera comienza a reducirse el ámbito de aplicación del Convenio por una vía cuestionable, como es la reglamentación administrativa.

El decreto supremo señala que las medidas administrativas que pueden consultarse son “las nuevas políticas, planes y programas (...) elaboradas por los órganos de la administración del Estado” (art. 14). Si bien el estándar de “medidas” es el que se ocupa en el Convenio, se lo interpreta de manera restrictiva, como se vio en la implementación

<sup>5</sup> Naciones Unidas, “Una cuestión fundamental: El deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas”, capítulo principal del informe presentado por el relator James Anaya ante el Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, septiembre de 2009, punto 41.

jurisdiccional del Convenio cuando una Comisión Regional del Medio Ambiente entendió que un acto administrativo —la medida administrativa por excelencia— no debía ser sometido a consulta.

Respecto de las medidas legislativas se dispone que “son las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley...” (art. 14). Ello también reduce el ámbito de aplicación sin fundamento. El Convenio no establece que solo las ideas matrices de una medida legislativa deban ser objeto de la consulta; el objetivo es que la opinión de los pueblos indígenas sea considerada, ponderada y pueda influir en el proceso de toma de decisiones públicas. Por eso, limitar la consulta en el proceso legislativo a ideas matrices de un proyecto puede significar en la práctica que la consulta no se lleve adelante como prescriben los estándares internacionales. Al revisar la discusión sobre el proyecto de reforma constitucional queda en evidencia que se trata de un aspecto relevante.

El Decreto Supremo 124 dispone además que el procedimiento de consulta debe ser aplicado por una serie de organismos del Estado, entre los que se incluyen ministerios, intendencias, gobiernos regionales y servicios públicos (art. 4). Sin embargo, se excluye a los órganos administrativos que más interacción tienen con comunidades y pueblos indígenas: las municipalidades. En efecto, se dispone que éstas “podrán someterse a las normas en él establecidas, *si lo estiman pertinente*” (art. 4). Pero el Convenio no hace distinción: se debe consultar “cada vez” que se prevean medidas que puedan afectar a un pueblo indígena y, como es evidente, los municipios permanentemente lidian con cuestiones que inciden e interesan a los pueblos indígenas. Su exclusión del ámbito de la consulta es injustificada.

Pero no solo las municipalidades quedan fuera del ámbito de aplicación del decreto supremo, sino también una materia altamente sensible para la protección de los derechos de los pueblos indígenas: los proyectos de inversión. Como se sabe, los efectos de los proyectos de inversión y desarrollo en las tierras y costumbres indígenas suscitan gran parte de los problemas entre éstos y los Estados. El decreto no incluye tales proyectos dentro de las materias que pueden ser consultadas, pues dispone que “los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena (...) serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales” (art. 9). Ahora bien, las leyes sectoriales chilenas —tales como el Código de Minería, el Código de Aguas y la ley eléctrica, entre otros cuerpos normativos— se caracterizan por no tener normas sobre consulta o participación. Es la ley de bases del medio ambiente la que contiene normas sobre participación ciudadana, pero, por una parte, es discutible que se trate de una ley sectorial en tanto fija las “bases generales” en materia ambiental, y por otra, según se ha analizado an-

teriormente en este *Informe*, su procedimiento de participación es muy restrictivo.<sup>6</sup> Como se demuestra más adelante, las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental han limitado, antes que favorecido, la consulta a pueblos indígenas.

A pesar de que la regla general es que los proyectos de inversión quedan excluidos del ámbito de la consulta, el decreto supremo contempla la posibilidad de que la autoridad aplique de todos modos las normas sobre consulta. La inobservancia del Convenio radica en que por un lado ello es facultativo, mientras que el estándar internacional es que “cada vez” que se debata una medida se debe consultar a los interesados, y, por otro, que el decreto fija un plazo que en el Convenio no figura. En efecto, si se decidiera aplicar el procedimiento que fija el Decreto Supremo 124, el proceso de consulta debe quedar “concluido en un plazo máximo de noventa días”, y ni siquiera contado desde la última gestión que se haga, sino desde “la primera presentación que se haga relativa al proyecto” (art. 5). La práctica comparada demuestra que los procesos de consulta dependen de muchas variables; por ello, el Convenio no fija plazos y, en cualquier caso, no es sensato disponer de lapsos tan cortos como los que ideó la autoridad administrativa chilena.

## 1.2 Jurisprudencia sobre el Convenio 169

En el año que lleva de vigencia en Chile el Convenio 169, se han dictado varias sentencias judiciales que se pronuncian sobre su valor normativo, así como sobre su conexión con otras normas del ordenamiento jurídico nacional. Se aprecia que en las Cortes de Apelaciones la tendencia es a dar lugar a las normas del Convenio, incluso por sobre las normas internas, como obliga el derecho internacional público, en tanto no es posible aducir normas internas para incumplir con lo dispuesto por un tratado internacional.<sup>7</sup> Sin embargo, al llegar a la Corte Suprema, en general las argumentaciones basadas en el Convenio 169 se deshacen. Salvo un caso, fallado por la sala civil de la Corte Suprema, el máximo tribunal ha ido desarrollando, en la sala constitucional, una jurisprudencia que desatiende las obligaciones de Chile y sitúa al Estado –una vez más– en la senda del incumplimiento de sus compromisos internacionales, exponiéndolo a ser reprendido por órganos de supervisión y monitoreo de tratados.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Ver *Informe 2009*, pp. 390-405.

<sup>7</sup> El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

<sup>8</sup> En el *Informe 2004* (pp. 11-133) se estudió en detalle la manera en que el Poder Judicial, específicamente la Corte Suprema, ha sido objeto de denuncias ante organismos internacionales –y en muchos casos de condenas– por violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A continuación se revisan las sentencias dictadas durante el primer año de vigencia del Convenio 169, así como algunos pronunciamientos administrativos destacables.

### **1.2.1 Caso Machi Francisca Linconao**

Al día siguiente de ser publicado en el *Diario Oficial* el Convenio 169 de la OIT, la Corte de Apelaciones de Temuco daba inicio a lo que sería una tendencia de las cortes de alzada del sur del país: utilizar el tratado internacional para interpretar las normas nacionales, así como para resolver disputas entre comunidades indígenas y autoridades administrativas y particulares.

El primer caso es el de la machi Francisca Linconao Huircapán, quien interpuso un recurso de protección en contra de la sociedad Palermo Ltda., recurso que impugnaba la tala de árboles en un sector aledaño a manantiales que para la cultura indígena representan lugares sagrados, y a una distancia no autorizada por las leyes nacionales. Del mismo modo, se objetó que la empresa plantara especies exóticas porque ello alteraba el medio ambiente en el cual la recurrente, como machi, recogía plantas medicinales.

El caso es de interés porque la Corte de Apelaciones cita diversas fuentes para justificar la validez del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, incluyendo aspectos relativos a la cultura y cosmovisión de un pueblo indígena, en esta ocasión el pueblo mapuche. A pesar de que al momento de conocer la causa el Convenio 169 no entraba aún en vigencia, la Corte, razonando de buena fe, lo trajo a colación para una mejor comprensión del asunto:

el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional...<sup>9</sup>

De esta manera, en conjunto con una serie de fuentes doctrinales, así como otros tratados internacionales, además de las normas nacionales sobre tala y manejo de árboles, la Corte de Apelaciones de Temuco ordenó a la empresa abstenerse de talar árboles dentro de un perímetro determinado. La sentencia fue confirmada por la tercera sala de la Corte Suprema, aunque los ministros Pierry y Araneda estuvieron por elimi-

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, considerando 10.

nar toda referencia a la doctrina y tratados internacionales, dando luces de la que sería su línea jurisprudencial en lo sucesivo.

### 1.2.2 Caso Lof Palguín

En enero de 2010, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección interpuesto por dos comunidades mapuche que impugnaron la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía, que calificó favorablemente un proyecto de piscicultura en el sector de Palguín, cerca de Villarrica.

La Corte de Temuco dio plena vigencia a las normas sobre consulta, trayendo a colación los fallos del Tribunal Constitucional que declararon los artículos 6 y 7 como autoejecutables,<sup>10</sup> esto es, que no requerían de desarrollo normativo, cuestionando con ello el Decreto Supremo 124 por contravenir lo estipulado en el Convenio 169. La Corte entendió que los Estados no pueden incumplir sus obligaciones internacionales aduciendo su derecho interno, como es un decreto supremo.<sup>11</sup> En consecuencia, la Corte dispuso que la resolución de calificación ambiental quedaba sin efecto, pues no se había consultado a los pueblos indígenas. Además, interpretó que un acto administrativo –en este caso, una resolución de calificación ambiental– es una medida administrativa de las que el Convenio obliga a ser consultadas.<sup>12</sup>

Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia. El argumento del máximo tribunal fue que la consulta a los pueblos indígenas está sujeta a las normas sobre participación ambiental de la legislación chilena. La Corte Suprema argumentó que no era necesario aplicar un proceso de consulta pues se trataba de una *Declaración de Impacto Ambiental*, no de un *Estudio de Impacto Ambiental* (las primeras no contemplan espacios de participación ciudadana, los segundos sí).<sup>13</sup>

Este razonamiento, que se va asentando en la jurisprudencia, es problemático porque subordina lo dispuesto por un tratado internacional a la normativa chilena, lo que atenta contra el derecho de los tratados y expone a Chile a verse apuntado como un país que no cumple con los compromisos internacionales.

### 1.2.3 Comunidad Pepiukëlen

Como se consignó en el *Informe 2008*, la comunidad Pepiukëlen, ubicada en el sector de Pargua, Región de Los Lagos, ha librado diversas

<sup>10</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional, Rol 309-2000 y Rol 1050-2008.

<sup>11</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, considerando 7: "... citar este Decreto como fundamento para rechazar el recurso no tiene asidero alguno".

<sup>12</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, considerando 9.

<sup>13</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1525-2010.

batallas judiciales en tribunales chilenos e internacionales por los conflictos con la empresa pesquera Los Fiordos, perteneciente al consorcio Agrosuper.<sup>14</sup>

Un nuevo conflicto surgió cuando, en febrero de 2010, la empresa inició la construcción de una piscina de contención con el fin de almacenar aguas contaminadas a no más de tres metros del recinto de la comunidad afectada y a tan solo cincuenta metros, aproximadamente, del lugar donde ésta realiza sus actividades espirituales y culturales. En razón de dichas afectaciones a sus derechos, entre los que se cuenta el derecho a ser consultados, la comunidad mapuche interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. La Comisión Regional del Medioambiente, demandada en el recurso, señaló que Los Fiordos actúa bajo las normas establecidas en la Declaración de Impacto Ambiental a las que fue sometido el proyecto, por lo que cualquier cambio que no sea “de consideración” no necesita ser ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Y, por lo mismo, el requisito de la consulta previa no se aplica en tal caso.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso interpuesto por la comunidad indígena. Aunque sin explicitarlo, la sentencia se hace cargo de la restrictiva doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso *Palguín* y, de este modo, argumenta que el derecho de participación consagrado en la legislación ambiental es diferente del derecho de consulta y participación contenidos en el Convenio 169 y que, por lo mismo, no corresponde supeditar las normas del Convenio al derecho interno chileno, esto es, no puede entenderse cumplido el deber de consulta –que emana de una norma internacional– con la legislación ambiental, que además contempla un proceso participativo débil. En palabras de la Corte:

ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no solo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o

14 Ver Informe 2008, pp. 428-434.

acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta.<sup>15</sup>

Esta sentencia señala además que con la entrada en vigencia del Convenio se altera el entendimiento que se tenía de lo que corresponde a territorio indígena. Así, se dice expresamente que “el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N°2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en [la ley indígena] y comprende además de la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera...”.<sup>16</sup> En este caso se observa cómo un tribunal se sirve de los estándares internacionales para ilustrar e interpretar de manera más favorable los derechos de los pueblos indígenas respecto de la legislación chilena.

Basada en estos argumentos, la Corte de Apelaciones falló a favor de la comunidad Pepiukëlen, pero en la Corte Suprema, si bien se confirmó la sentencia en lo que respecta al deber de abstenerse la empresa de continuar con las faenas destinadas a desviar las aguas de su planta industrial, el voto de mayoría –redactado, al igual que en el caso *Palquín*, por el ministro Pedro Pierry– eliminó toda referencia al Convenio 169. De esta manera, la Corte Suprema hizo desaparecer las obligaciones que emanan de este tratado internacional, restándole valor normativo y, como se ha dicho, desatendiendo los compromisos internacionales de Chile.<sup>17</sup> Solo el voto de minoría del ministro Sergio Muñoz comprendió que las normas sobre consulta del Convenio 169 sí tienen aplicación, aunque sea en conjunto con las disposiciones del derecho chileno, pero que en cualquier caso no es posible no aplicarlas.

#### **1.2.4 Comunidad Puquiñe**

En agosto de 2010 la Corte de Apelaciones de Valdivia dio lugar a una reclamación judicial que impugnó la calificación ambiental favorable de la Comisión Regional del Medioambiente a un proyecto que contemplaba la instalación de una estación de transferencia de residuos sólidos para las comunas de Lanco y Panguipulli, antes de su disposición final en un relleno sanitario. Ésta se hizo sin la debida consulta a las comunidades indígenas afectadas, por lo cual la Corte declaró sin efecto la calificación ambiental, dando aplicación no solo al Convenio 169, sino también a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.<sup>18</sup>

Según consta en la sentencia, los demandantes aducían que

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 36-2010, considerando 9.

<sup>16</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 36-2010, considerando 10.

<sup>17</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol 5757-2010.

<sup>18</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010.

el proyecto está emplazado en un sector denominado Lof Kilche, sector que para los mapuches es reconocido como centro del kimun (sabiduría); [que] en sectores aledaños al proyecto se ubican ocho comunidades con un total de 261 familias que se dedican a la agricultura familiar y ganadería, producen leña y miel y algunos campesinos tienen convenios con INDAP; [que] existen proyectos de desarrollo en el futuro con fines turísticos y para venta de productos locales, por lo que se debió considerar la opinión de estas comunidades indígenas y se debió realizar un estudio de impacto ambiental y se vulneró, además, el deber de consulta a que se refiere el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>19</sup>

Los consejeros regionales, agrega la sentencia, no realizaron consulta a las comunidades potencialmente afectadas, mientras que la Conadi (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena) advirtió expresamente que se debían aplicar las normas sobre consulta contenidas en el Convenio 169. Más aun, tres concejales de la comuna de Lanco hicieron presente al intendente de la Región de Los Ríos que la omisión de la consulta contravenía normas legales tanto nacionales como internacionales, y que la eventual instalación del relleno afectaría a viviendas emplazadas en una zona mapuche.<sup>20</sup>

El hecho de que se planeaba instalar el relleno en una zona indígena da cuenta de uno de los asuntos que ya ha sido abordado por el *Informe anual sobre derechos humanos*, a saber, los casos de discriminación ambiental. Como consignan el *Informe 2008* y el capítulo de medio ambiente y derechos humanos de la presente versión del Informe, en Chile las cargas ambientales suelen estar distribuidas inequitativamente, de manera que los sectores más desaventajados por regla general soportan la instalación de rellenos, vertederos u otro tipo de estaciones de acopio de descargas.<sup>21</sup>

Si bien el fallo de la Corte de Valdivia no se pronuncia respecto de este tema en clave de racismo ambiental, el caso trata, además –o, precisamente, a causa– de la falta de consulta a las comunidades afectadas, de situaciones de discriminación ambiental en contra de indígenas. En efecto, los recurrentes alegaban, junto con la vulneración de su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a su integridad síquica y física, la afectación del derecho de igualdad ante la ley. La Corte, sin embargo, señala no divisar “cómo se habría afectado

**19** Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010, considerando 1.

**20** Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010, considerando 3.

**21** Ver *Informe 2008*, pp. 521-528. Como allí se da cuenta, existe una denuncia presentada ante el Comité contra la Discriminación Racial de Naciones Unidas en contra de Chile por casos de discriminación ambiental (también denominada “racismo ambiental”).

tal garantía, ya que (...) no se ha privilegiado a persona o grupo humano en especial, en perjuicio de otro”.<sup>22</sup> Lo que el tribunal no advierte es que, a pesar de la ausencia de manifiesto privilegio para alguien, sí se perjudica a un grupo que, por lo demás, suele ser objeto de discriminación ambiental.

La Corte entiende que, dada la magnitud del impacto de este proyecto, “debió haber existido un Estudio de Impacto Ambiental”.<sup>23</sup> Y al referirse a la manera en que los estándares internacionales interactúan con las normas jurídicas chilenas, el tribunal de Valdivia sostuvo que:

no cabe duda que existe una vinculación de las comunidades indígenas del sector donde se emplazará el proyecto con el medio ambiente que lo rodea, por lo que es atinente en la especie lo que señala la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su artículo 25 contempla el derecho de los pueblos indígenas a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma”.<sup>24</sup>

Se trata de una interesante aplicación de un instrumento que, si bien obliga a Chile, tiene un valor normativo diferente al del Convenio 169. La Corte lo utiliza como criterio de interpretación de las demás normas que se aplican al caso, especialmente de aquellas sobre consulta previa, debido a las cuales la resolución que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental quedó sin efecto.<sup>25</sup>

### 1.2.5 Comunidad Chilcoco

En otro caso donde se ha dado aplicación a las normas sobre consulta del Convenio 169 de la OIT, la Corte de Apelaciones de Concepción impugnó la tala de árboles sagrados por parte de la Municipalidad de Arauco, sin consulta a las comunidades indígenas del sector del cerro Colo-Colo, declarado monumento nacional.<sup>26</sup>

Según esa municipalidad, el sector donde se hizo la tala presentaba “falta de solidez en sus terrenos y que solo una porción del mismo co-

<sup>22</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010, considerando 6.

<sup>23</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243-2010, considerando 4.

<sup>24</sup> Id.

<sup>25</sup> La sentencia fue adoptada con el voto en contra de un ministro, quien estuvo por rechazar el recurso argumentando la falta de pruebas para acreditar la afectación real, no potencial, de los derechos fundamentales alegados, así como el hecho de que ésta no es la vía para impugnar una Declaración de Impacto Ambiental, y finalmente, que la resolución de la Corema no puede ser considerada como una de las “medidas administrativas” que, bajo el Decreto Supremo 124, deben ser objeto de consulta.

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 289-2010.

responde a lo declarado como Monumento Histórico”, agregando que “producto del reciente terremoto el cerro sufrió daños consistentes en derrumbes y deslizamientos en sus laderas, cayendo un árbol sobre una camioneta, presentando los vecinos una solicitud en que manifestaban la necesidad urgente de intervenir el lugar, lo que [se] llevó a efecto dada la urgencia de la situación”.<sup>27</sup> El gobierno comunal reconoció la ausencia de consulta a los pueblos indígenas, pero la justificó en la imposibilidad material de llevar adelante la consulta a diez comunidades, “ya que no existe una [organización] de carácter comunal, lo cual, en otras ocasiones, ha originado problemas que han dificultado la reunión de la totalidad [de las organizaciones] y, aun más, lograr acuerdos de consenso con todas ellas”.<sup>28</sup>

La Corte de Concepción, junto con las normas sobre consulta a las que da aplicación, aduce el artículo 13 del Convenio, que dispone el deber de los gobiernos de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera”.<sup>29</sup> La Corte, además, desecha el argumento de la municipalidad sobre la celeridad con que debía actuarse y que habría impedido llevar adelante la consulta, en los siguientes términos:

que si bien es cierto que a raíz del reciente terremoto de febrero pasado fue menester adoptar diferentes medidas de emergencia, no lo es menos que en el particular caso en estudio el respectivo contrato de servicio por corte, extracción y transporte de árboles fue aprobado solo el 15 de mayo de 2010 (...), previa la realización de incontables diligencias destinadas a recabar los necesarios informes y autorizaciones, lo que hace incomprensible que no se haya desplegado conducta alguna tendiente a consultar a los pueblos indígenas interesados.<sup>30</sup>

De esta manera, la Corte concluyó que se “ha vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación, que llevan a concluir que se ha conculcado” su derecho a la integridad física y síquica.<sup>31</sup>

**27** Id., vistos.

**28** Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 289-2010, considerando 8.

**29** Id., considerando 7.

**30** Id., considerando 9.

**31** Id., considerando 11.

Los casos reseñados han sido todos resueltos en sede de protección. En dicho procedimiento, las cortes de apelaciones conocen en primera instancia y, si hay apelación, le corresponde a la Corte Suprema conocer en segunda instancia. En los tres casos que han llegado hasta el máximo tribunal, éste ha buscado quitar toda referencia a las normas sobre consulta del Convenio 169 –en dos casos lo hace–, eliminando con ello el avance que han hecho en esta materia las Cortes de Apelaciones del sur del país.

### **1.2.6 Caso Comunidad Chusmiza-Usmagama**

Solo en un caso la Corte Suprema ha utilizado el Convenio 169 para interpretar las normas internas sobre derechos de los pueblos indígenas contenidas en la ley indígena. Se trata del caso en que la comunidad aimara Chusmiza-Usmagama obtuvo la regularización de derechos de aprovechamiento de agua, a la cual se opuso la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C., y en el que, en una sentencia recaída sobre un recurso de casación en la forma y en el fondo (y no, como en los casos anteriores, una acción de protección), la Corte Suprema dio reconocimiento a la propiedad ancestral que tiene la comunidad indígena sobre el uso de las aguas que escurren por el territorio de su comunidad.

La Corte Suprema confirmó lo resuelto tanto en primera como en segunda instancia. Como se adelantó, que no haya sido la tercera sala constitucional la que conoció este asunto puede explicar la diferencia de criterios a la hora de aplicar las normas del Convenio 169. Para efectos de este *Informe*, cabe observar el análisis sobre la disposición de la ley indígena que establece una protección especial para las aguas de las comunidades atacameñas y aimaras.<sup>32</sup> En palabras de la Corte Suprema:

la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión “terrenos de la comunidad”, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando

<sup>32</sup> El artículo 64 de la Ley 19.253, conocida como ley indígena, prescribe: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”.

las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.<sup>33</sup>

Específicamente sobre la manera en que interactúan y se complementan las normas de la ley indígena con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, la Corte agrega:

también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64 [de la ley indígena], considerar el Convenio N° 169 (...), cuyo artículo 15, N° 1° preceptúa que: *“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”*, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: *“La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”*.<sup>34</sup>

Las referencias que la Corte Suprema hace al Convenio 169 le permiten dotar de sentido a las normas chilenas que disponen, como hemos visto, una protección “especial” para las aguas de las comunidades indígenas atacameñas y aimaras. De esta forma, el máximo tribunal concluye que

no resulta acorde con el espíritu de la ley [indígena] ni con el instrumento internacional aludido [el Convenio 169] restringir la presunción solo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.<sup>35</sup>

Esta sentencia es un ejemplo de la manera como la Corte Suprema puede –y debe, en tanto es obligación de los órganos del Estado respetar

**33** Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2840-08, considerando 7.

**34** Id. El destacado es nuestro.

**35** Id.

y promover los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales— complementar las normas del Convenio 169 con aquellas disposiciones del derecho chileno que establecen protecciones en favor de los pueblos indígenas. De todos modos, esta sentencia es una excepción a la regla general que ha venido configurando la Corte Suprema, mediante su tercera sala constitucional, y que ha ido vaciando de contenido las disposiciones del Convenio 169 que otros tribunales han utilizado.

### **1.3 Jurisprudencia administrativa**

Junto con los casos ventilados ante tribunales de justicia, la Contraloría General de la República ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la vigencia del Convenio 169 en Chile.

En el primer caso, en abril de 2010, ante una consulta de la Municipalidad de Villarrica sobre la facultad o deber de izar la bandera mapuche en los edificios públicos junto al emblema chileno, y tras citar numerosos cuerpos legales internos, así como normas del Convenio 169 de la OIT, la Contraloría dictaminó que

las municipalidades pueden establecer las modalidades de participación de la etnia mapuche por la cual se consulta, dentro de su territorio jurisdiccional, de manera de reconocer y fomentar la expresión de sus valores, cultura y tradiciones, de lo que se desprende que les está permitido disponer el uso de la bandera, emblema o escudo de ese pueblo en actos o ceremonias que realicen las reparticiones de esas corporaciones, si ello, a juicio del municipio respectivo, constituye un elemento significativo de manifestación cultural de dicha etnia.<sup>36</sup>

En el segundo caso, la Contraloría se abstuvo de dar curso al decreto del Ministerio de Educación que regulaba “la función docente para el sector lengua indígena de los educadores o educadoras tradicionales de los pueblos indígenas reconocidos por la ley N° 19.253”, por no existir constancia de haberse efectuado consulta a los pueblos indígenas. Si bien el ente de control razona en base a las normas sobre consulta previa del Convenio 169, también lo hace sobre la base de lo preceptuado en el decreto supremo, norma que, según se ha revisado en este capítulo, representa graves problemas de juridicidad. En todo caso, en el presente dictamen la Contraloría objeta el acto administrativo, dándole aplicación a las normas sobre consulta que rigen en Chile:

36 Contraloría General de la República, Dictamen 022247N10, 28 de abril de 2010.

en efecto, los antecedentes adjuntados por el Ministerio de Educación no resultan suficientes para verificar que se haya efectuado la consulta en los términos que precisa el referido decreto N° 124, de 2009, sin que, por ejemplo, se hayan aportado documentos relativos a las posibles observaciones que hayan podido efectuar los pueblos indígenas interesados, ni el correspondiente informe final del proceso, debiendo añadirse, por otra parte, que tampoco se ha dejado constancia en el reglamento que se analiza de que la consulta haya sido efectuada.<sup>37</sup>

#### **1.4 Adecuación de normativa sectorial**

Uno de los temas relevantes en materia de implementación del Convenio 169 dice relación con el estudio y posterior debate legislativo de las leyes sectoriales cuyos cuerpos normativos no se ajustan a los estándares que impone el Convenio. Tal es el caso de una serie de leyes que no disponen normas sobre consulta (muchas de las cuales fueron dictadas antes del retorno a la democracia), además de leyes que deben ajustarse a lo que ordena el artículo 15 del Convenio, que establece derechos en favor de los pueblos indígenas en materia de recursos naturales. El artículo 15 del Convenio 169 dispone:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en 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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Ni el Gobierno ni el Congreso Nacional han dado señales respecto de la manera en que piensan abordar esta materia. El Tribunal Cons-

<sup>37</sup> Contraloría General de la República, Dictamen 50.452, 30 de agosto de 2010.

titucional comprendió que esta norma, a diferencia del artículo 6, por ejemplo –que es autoejecutable, esto es, no requiere de desarrollo legislativo ulterior–, impone el deber al legislador (que en Chile, además del Congreso, es el propio Presidente de la República) de adecuar las normas nacionales para satisfacer los requerimientos allí establecidos.

El *Informe* no puede dar cuenta de ningún avance en esta materia, lo que es preocupante dado que el Convenio ya lleva dos años de vigencia en Chile.

## **2. VIOLENCIA EN LA ARAUCANÍA**

En esta sección se hace un seguimiento a dos casos en que civiles resultaron muertos por la acción de funcionarios policiales, casos que han ocupado la atención de la opinión pública y de organismos especializados de derechos humanos. Preocupa el lento avance de las causas y, derechamente, los atisbos de impunidad que se verifican.

### **2.1 Seguimiento del caso *Jaime Mendoza Collío***

El 12 de agosto de 2010 se cumplió un año de la muerte del joven comunero mapuche Jaime Mendoza Collío, quien murió de un disparo efectuado por un funcionario de Carabineros en la comunidad de Ercilla, incidente sobre el que se dio cuenta en el *Informe 2009*.<sup>38</sup> Tal como se ha documentado en ocasiones anteriores, los casos más graves de violencia que han acaecido en la Araucanía suelen terminar con la muerte de un comunero indígena, en situaciones que tardan mucho en ser aclaradas, o que derechamente no son investigadas con la debida diligencia. Como se sabe, algunos factores obstaculizan el esclarecimiento. Uno de ellos es que la justicia militar sea la encargada de investigar, determinar responsables y sancionar. Como hemos insistido por años, esta jurisdicción no ofrece garantías de imparcialidad ni debido proceso, razón por lo cual no se justifica hacer recaer en ella la investigación de estos hechos de sangre.

El incidente ocurrió cuando efectivos de Carabineros entraron a desalojar a cerca de sesenta comuneros mapuche que se habían tomado parte del fundo San Sebastián, propiedad de Sergio González Jarpa. A pesar de que Carabineros insistió en la tesis de la legítima defensa, peritajes conducidos por el Servicio Médico Legal de Angol establecerían que Mendoza murió por un disparo por la espalda efectuado por el carabinero Miguel Patricio Jara Muñoz, efectivo del GOPE.

<sup>38</sup> *Informe 2009*, pp. 238-239.

A comienzos de septiembre de 2009 el cabo fue dejado en libertad bajo fianza por la Corte Marcial, que revocó la decisión del fiscal militar de la zona porque consideró que el presunto responsable no constituía un peligro para la sociedad.<sup>39</sup> Sectores indígenas criticaron duramente el fallo de la Corte Marcial. Aucán Huilcamán, por ejemplo, consideró que la decisión de la Corte “operó bajo las mismas lógicas que la dictadura (...) al ser un premio a la violación de los derechos humanos”.<sup>40</sup> El abogado de la familia Mendoza solicitó el procesamiento de los integrantes de la patrulla de Jara Muñoz por considerar que “los mandos dieron las órdenes y [son] los que encubrieron, o pudieron encubrir estos hechos delictivos”.<sup>41</sup> Al cierre de la presente edición del *Informe*, el caso seguía radicado en la justicia militar y bajo secreto de sumario, el que se esperaba podría ser levantado en octubre de 2010, junto con una eventual sentencia condenatoria para Patricio Jara.

## 2.2 Seguimiento del caso *Matías Catrileo*

En los dos últimos años se ha informado del caso del estudiante de agronomía de la Universidad de la Frontera Matías Catrileo, quien fue muerto durante la toma del fundo Santa Margarita de Vilcún, de propiedad del empresario Jorge Luchsinger, en enero de 2008, producto de un disparo por la espalda con ametralladora Uzi manipulada por el funcionario de Fuerzas Especiales de Carabineros Walter Ramírez. En la investigación interna que condujo Carabineros, el cabo fue absuelto de cualquier cargo, ya que se estimó que los disparos los había hecho al aire y que por lo tanto no podía ser responsable de la muerte de Catrileo.<sup>42</sup>

Tal versión de los hechos no tuvo eco en sede judicial. A pesar de que el fiscal militar de Temuco había solicitado una pena de diez años para el autor del homicidio, el 15 de enero de 2010 el tribunal militar lo condenó a dos años de presidio con pena remitida por el delito de violencia innecesaria con resultado de muerte. Ante esta sentencia, el abogado de la familia de Catrileo, Jaime Madariaga, señaló que

no va a pasar ni un segundo en la cárcel, y va a seguir portando su pistola al cinto, pudiendo seguir asesinando jóvenes mapuche, estudiantes, afuera de la universidad o de la comunidad indígena, recibiendo penas de dos años. Acá hay un mensaje a la policía: “Asesinen tranquilamente por la espalda, porque les van

<sup>39</sup> Emol, “Corte Marcial da libertad a cabo que mató a comunero”, 9 de septiembre de 2009.

<sup>40</sup> Emol, “Aucán Huilcamán: ‘Corte Marcial actuó bajo la misma lógica de la dictadura’”, 8 de septiembre de 2009.

<sup>41</sup> Emol, “Abogado de Mendoza Collío solicitará procesamiento de otros carabineros”, 15 de septiembre de 2009.

<sup>42</sup> Ver *Informe* 2009, p. 238.

a poder aplicar estas atenuantes e irse a la casa tranquilamente a dormir mientras una familia tiene a su hijo asesinado”.<sup>43</sup>

La familia de Catrileo apeló y, así, el 20 de agosto, la Corte Marcial aumentó la condena a tres años y un día de pena remitida, lo cual significa que, a pesar de estar establecido que Ramírez es el autor del homicidio, el funcionario cumplirá su condena en libertad. Al enterarse de la condena, la madre de Catrileo cuestionó a las autoridades por tener en prisión preventiva y pedir condenas altísimas para comuneros mapuche sospechosos de haber cometido delitos y dictar una condena que no le significa estar privado de libertad a un homicida comprobado.<sup>44</sup>

El caso pone en evidencia los problemas de parcialidad y de debida diligencia para sancionar que tiene la justicia militar en Chile, y sobre los que este *Informe* se refiere en extenso en el capítulo respectivo. Al momento de cerrar la presente edición, la familia de Matías Catrileo había deducido un recurso de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema. Será así el máximo tribunal el que determine la suerte del cabo Ramírez y la posibilidad de que la familia obtenga reparación por la muerte del joven.

### 3. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Tal como se ha anotado en versiones anteriores de este *Informe*, uno de los proyectos que más tiempo lleva siendo debatido por el Congreso Nacional es aquel que reforma la Constitución para darles reconocimiento a los pueblos indígenas y sus derechos.<sup>45</sup> A este respecto, producto de la prolongada huelga de hambre que mantuvieron comuneros en diferentes cárceles del sur del país, el Gobierno decidió reactivar su discusión.

Sobre el proyecto, mantenemos lo expuesto en el *Informe 2009*, vale decir, que tal como se conoce no satisface los estándares internacionales que vinculan a Chile. Aun más, es posible anticipar que sectores indígenas se opondrán al proyecto tal como está redactado. En cualquier caso, el Congreso Nacional debe procurar impulsar un procedimiento

<sup>43</sup> Radio Cooperativa, “Familia Catrileo: Sentencia deja como mensaje ‘asesinen tranquilamente’”, 15 de enero de 2010.

<sup>44</sup> Radio Bío-Bío, “Madre de Matías Catrileo: ‘Se pide 100 años de cárcel para comuneros y a un homicida lo condenan a 3’”, 20 de agosto de 2010.

<sup>45</sup> El proyecto de reforma constitucional reemplaza al actual artículo 4 por la siguiente disposición:

“Artículo 4.- La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional.

Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”.

de consulta que satisfaga los estándares del Convenio 169, esto es, que contemple procedimientos adecuados (no lo es invitar a representantes a Valparaíso, sino que el Congreso debe idear formas para ir a los lugares donde están emplazados los pueblos), de buena fe y a través de las instituciones indígenas representativas.

#### 4. HUELGA DE HAMBRE

Por casi tres meses, más de una treintena de comuneros mapuche procesados bajo la ley antiterrorista, y en muchos casos bajo la justicia militar, estuvieron en huelga de hambre demandando su juzgamiento por medio de leyes comunes, no especiales. Gracias a la huelga, que durante el primer mes no fue cubierta significativamente por los medios de comunicación masivos, la opinión pública se interiorizó de los casos que por años tanto este *Informe* como diversas organizaciones nacionales e internacionales han denunciado; y el Gobierno decidió promover la reforma a la ley antiterrorista, así como a la justicia militar. Sobre este último punto nos remitimos al capítulo del *Informe* sobre la materia.

En un inicio, el Gobierno no se mostró dispuesto a negociar con los comuneros debido a que, entendía, la huelga constituye una medida de presión ilegítima en una sociedad democrática. Desde otros sectores se argumentaba que la huelga no era sino la manifestación última de un reclamo que por vías y canales regulares había sido sistemáticamente desatendido por las autoridades. En cualquier caso, y a pesar de que mientras fueron oposición reclamaban la utilización de estas herramientas de persecución penal, tanto autoridades de Gobierno como parlamentarios oficialistas promovieron la reforma a la ley y a la justicia militar.

El análisis detallado de estas reformas será materia del *Informe 2011*. Por ahora se debe dejar constancia de la necesidad de que la reforma a la justicia militar efectivamente elimine cualquier competencia de un tribunal militar para asuntos en que los bienes jurídicos tutelados no sean estrictamente castrenses. Así, por caso, si un militar sigue sometido a esta jurisdicción especial como imputado de un delito en contra de un civil, la reforma no satisfaría los estándares que obligan al país. Del mismo modo, con respecto a la legislación antiterrorista se requiere que la actual definición sea reemplazada por una definición exacta y estricta de lo que son delitos terroristas, y que no haya posibilidad de afectaciones al debido proceso, como por ejemplo el empleo de testigos sin rostro, quienes no pueden ser objeto de examen por parte de los abogados defensores.

## 5. RECOMENDACIONES

1. El Gobierno debe dictar un nuevo reglamento para regular el procedimiento de consulta a los pueblos indígenas. Este reglamento debe ser consultado con ellos de acuerdo con los estándares internacionales, de modo de asegurar que cuente con el respaldo y la legitimidad de aquellos a quienes afectará. En tal sentido, los proyectos de inversión no pueden quedar fuera de la consulta, como ocurre actualmente.
2. La Corte Suprema debe tomar nota de los mecanismos de implementación de los estándares internacionales, pues su desatención puede implicar que Chile se vea expuesto a reprimendas por parte de organismos internacionales, tal como ha ocurrido en el pasado.
3. El Gobierno debe elaborar y enviar al Congreso Nacional los proyectos de ley para adecuar las normas chilenas a los estándares del Convenio 169, en particular en lo relativo a la reforma de las leyes sectoriales, que no contemplan procedimientos de consulta.
4. El Congreso Nacional debe establecer protocolos y procedimientos claros de consulta a los pueblos indígenas en todos los proyectos que interesen a éstos, y en especial el de reforma constitucional que les concede reconocimiento constitucional.
5. El Estado debe atender las recomendaciones de organismos de derechos humanos al momento de reformar la ley antiterrorista y la jurisdicción militar.
6. Los tribunales de justicia han de aplicar la debida diligencia para investigar los casos de violencia policial en que han sido afectados civiles, así como para determinar responsables y sancionarlos.