

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2012**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS*

* Capítulo preparado por Alexandro Álvarez, Alejandra Otero y Diana Maquilón con la colaboración de las ayudantes de investigación Constanza Muñoz y Valeria Moretic.

SÍNTESIS

El presente capítulo continúa la revisión de los procesos de consulta iniciados en marzo de 2011 por el Estado de Chile y las iniciativas provenientes de los pueblos indígenas para reemplazar al cuestionado Decreto Supremo 124. Examina las decisiones judiciales más relevantes dictadas en el marco de acciones constitucionales intentadas por pueblos indígenas para exigir la aplicación de los estándares internacionales relativos al derecho a la consulta, especialmente la postura de la Corte Suprema y sus efectos. Este año se incorpora un acápite sobre la importancia de establecer un mecanismo de consulta de los proyectos de ley que afectarán directamente a los pueblos indígenas.

Por primera vez, se analizan casos fuera del ámbito ambiental que incorporan los estándares internacionales de pueblos indígenas, tanto en materia penal como en derecho de familia. Cabe destacar un breve análisis del caso de Gabriela Blas Blas, quien, en junio de este año, obtuvo su libertad tras recibir el indulto presidencial y cuya condena ha sido ampliamente cuestionada. Finalmente, y con ocasión de los hechos de violencia en contra de las comunidades indígenas de la Araucanía ocurridos durante el último año, se examina la respuesta del Estado de acuerdo a los estándares internacionales, para culminar con un seguimiento a casos emblemáticos de violencia en la Araucanía.

PALABRAS CLAVE: Consulta previa, Ley antiterrorista, Convenio 169 de la OIT, Violencia policial.

INTRODUCCIÓN

La consulta y la participación indígena son los principales temas que han ocupado de manera relevante la agenda pública en Chile desde la entrada en vigor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT); durante 2011 y hasta la fecha, continúan siendo parte central del debate. Los actores relevantes –pueblos indígenas, sociedad civil y actores gubernamentales–, como primera cuestión, han concentrado sus acciones alrededor del debate sobre si el Decreto Supremo 124 cumple con los estándares internacionales del derecho humano a la consulta y participación de los pueblos indígenas, y, en segundo lugar, en el establecimiento de un mecanismo de consulta conforme a los estándares internacionales vigentes en la materia. Paralelamente, los actores sociales y las comunidades indígenas han intentado generar decisiones de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema que delimiten el rasero normativo con el que debe ser medida la consulta y participación indígena en casos de proyectos de inversión, a la luz de la aplicación de las normas ambientales e indígenas. En virtud de lo anterior, actualmente está en debate cómo se podría reemplazar el cuestionado Decreto Supremo 124 (en adelante, DS 124) y establecer un mecanismo de consulta del que efectivamente los pueblos indígenas sean partícipes en su diseño, otorgándole legitimidad para su efectiva aplicación.

En el marco del análisis de los estándares de consulta, se hace referencia a los principales fallos del último año de acciones constitucionales interpuestas por y en favor de comunidades indígenas. El análisis de estos fallos, y de otros en diversas materias, permite advertir un cambio en la doctrina inicialmente sostenida por los tribunales superiores de justicia y la incorporación paulatina de los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia nacional.

Dentro del periodo objeto de análisis de este *Informe*, se identifica cómo continúa presente un patrón de violencia en contra de las comunidades indígenas, especialmente en la zona sur del país. Finalmente, se realiza un examen de las sentencias más relevantes en materia penal

que incorporan una perspectiva de derechos humanos de los pueblos indígenas en sus resoluciones. Un acápite especial se dedica al caso de Gabriela Blas Blas, por su relevancia como ejemplo de discriminación en contra de la mujer indígena rural y de violación del debido proceso.

1. CONSULTA Y PARTICIPACIÓN INDÍGENA

1.1. Los estándares internacionales de consulta indígena

La agenda pública sobre derechos de los pueblos indígenas en Chile está concentrada en los asuntos relativos a la consulta indígena. Los estándares de la consulta fueron escrutados cuando el gobierno inició, durante 2011, los procesos para recabar la opinión de las personas y comunidades indígenas para la dictación de una nueva institucionalidad –lo que incluía la modificación de la reglamentación ambiental– y la reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas; asimismo, fueron invocados los estándares internacionales de la consulta, tanto por órganos de la sociedad civil como por líderes indígenas, para reprochar “la consulta de la consulta”¹, que sostuvo el gobierno cuando suspendió todos los otros procesos de consulta en que avanzaba durante el mismo año.

Los estándares de la consulta indígena son determinados en principio por el propio texto del Convenio 169 de la OIT. El artículo 6.1.a del Convenio señala que la consulta debe realizarse por medio de “procedimientos apropiados”, “...a través de instituciones representativas” de los pueblos interesados y respecto de “medidas legislativas y administrativas” que sean “susceptibles de afectar directamente” a los pueblos interesados. Por su parte, el número 2 del mismo artículo 6º del Convenio dispone que la consulta debe desarrollarse “de buena fe”, a través de “procedimientos apropiados a las circunstancias”, así como con la “finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento” sobre las medidas que se proponen.

Todo lo anterior, junto con fijar un primer panorama del estándar correcto de la consulta indígena, implica también que el consentimiento de los pueblos consultados se contempla solo en casos determinados. En este punto cabe destacar que el mismo Convenio 169 de la OIT establece un caso en el cual el consentimiento previo de las comunidades es necesario y obligatorio para los Estados. El artículo 16.2 del Convenio señala que, en caso de pretenderse el traslado o la reubicación de pueblos indígenas, deberá contarse con su consentimiento. Por su parte, el artículo 10º de la Declaración de las Naciones Unidas para

1 Informe Anual sobre Derechos Humanos 2011, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2011, p. 185. (En adelante, *Informe*).

los Derechos de los Pueblos Indígenas refuerza el caso anterior, expresando que “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

La misma Declaración, en sus artículos 29.2 y 30, establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos interesados en casos de almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en sus territorios, así como para el desarrollo de actividades militares. A las hipótesis señaladas se suma el caso establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha fijado como criterio jurisprudencial que, para llevar a cabo proyectos de inversión a gran escala que tengan gran impacto sobre el goce de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los territoriales, también se debe contar con el consentimiento de los pueblos interesados.²

Las hipótesis de consentimiento previo, libre e informado, contenidas tanto en la Declaración como en la sentencia de la Corte IDH, resultan obligatorias para los Estados que hayan aprobado el Convenio 169 de la OIT, cuyo artículo 35³ impide interpretarlo para menoscabar estándares fijados precisamente en instrumentos como la Declaración y la sentencia que hemos citado.

Los estándares revisados corresponden a los extraídos de cuerpos normativos y precedentes jurisprudenciales obligatorios para el Estado de Chile. Además, deben considerarse los criterios interpretativos fijados por el Relator especial de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, muchos de los cuales han sido emitidos precisamente para el caso de Chile, así como por los órganos de la OIT, que han desarrollado un contenido específico para los estándares antes reseñados.

A la luz de esos estándares se examinarán los hechos relevantes sobre el derecho a la consulta indígena del periodo 2011-2012.

1.2. El Decreto Supremo 124

Desde su dictación, solo unos días después de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, el DS 124 ha sido objeto de críticas tanto de los líderes indígenas como de actores de la sociedad civil. Ya transcurridos casi tres años desde la publicación del referido regla-

2 Corte IDH, *Caso Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrs. 133-138.

3 Artículo 35: “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.”

mento, se ha argumentado que este no cumple con los estándares internacionales que obligan a Chile por varias razones: en primer lugar, porque se trata de un acto de la administración inconsulto; en segundo lugar, porque su objetivo explícito es la reglamentación del derecho establecido en el artículo 34^o de la Ley indígena –que asegura el derecho de oír y considerar la opinión de los pueblos– y no de los artículos 6^o y 7^o del Convenio 169 de la OIT –que ciertamente fija un estándar de consulta más elevado–; y, en tercer lugar, porque su contenido mismo no satisface los estándares fijados en torno a la consulta y participación.

En efecto, el DS 124 restringe tanto i) el criterio de afectación aplicable a la consulta, ii) los órganos obligados a la misma –en la medida en que deja fuera de la reglamentación, entre otros, a los órganos autónomos–, iii) el ámbito de aplicación, dejando fuera de este a todos los proyectos de inversión por medio del reenvío a las normas ambientales generales y restringiendo el concepto de “medida legislativa y administrativa”. Asimismo, iv) la reglamentación fija un procedimiento de intervención de los pueblos indígenas con plazos estandarizados (de un máximo de 90 días) y únicos, lo cual viola la norma que obliga a procedimientos adecuados.⁴

Investigadores de esta Universidad han argumentado otro elemento de reproche al DS 124: la norma que regula el derecho a consulta y participación de los pueblos indígenas debería corresponder a una medida legislativa y no administrativa. Este aspecto reviste gran interés porque instala un punto que, hasta su planteamiento en la solicitud de invalidación del DS 124 preparada por la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, no había sido abordado, generando un debate en el que las autoridades del Estado de Chile no han adoptado una postura.

Los argumentos sostenidos en la presentación de invalidación están fundados en criterios constitucionales internos sobre: en primer lugar, la reserva legal que la Carta Fundamental fija en el artículo 63^o respecto de los procedimientos en la administración pública y, en segundo lugar, la obligación de regular por ley asuntos referidos al debido proceso legal, estipulada en su artículo 19^o n^o 3 inciso 6^o.⁵

Algunos actores, como el Centro de Políticas Públicas y la Red Legislativa Indígena y de Políticas Públicas, han respondido a esa argumentación señalando que ello supone desconocer el carácter de autoejecutable que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido a las normas sobre consulta indígena del Convenio 169 de la OIT. Se ha señalado asimismo que, de prosperar ese argumento, se avanzaría hacia la posible cristaliza-

4 *Informe 2011*, pp.184-186.

5 Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales: “Centro de DD.HH. solicita invalidación de Decreto Supremo 124 de Mideplan”, 15 de julio de 2011, www.derechoshumanos.udp.cl/

ción de una normativa errónea y muy difícil de corregir, habida cuenta del carácter y los ritmos del proceso legislativo chileno.⁶

Si bien no ha habido un reconocimiento explícito por parte de las autoridades de gobierno sobre el irrespeto y falta de sujeción del DS 124 a los estándares internacionales sobre consulta indígena, el Ministro de Desarrollo Social, Joaquín Lavín, declaró públicamente –el 1 de septiembre de 2011– la intención de dejar sin efecto dicho decreto. La información en los sitios oficiales del gobierno deja ver que se pretendía derogar la norma reglamentaria, pero solo una vez que estuviera disponible una norma de reemplazo, lo cual deberá darse, según señala el Ministro, cuando se definan y cumplan los procesos de lo que se ha llamado la “consulta de la consulta”.⁷

Con ese objetivo general antes declarado, se anunció la formación de una comisión encargada de diseñar el proceso de consulta sobre la reglamentación de los derechos establecidos en los artículos 6º y 7º del Convenio 169 OIT. La Comisión fue integrada por todos los representantes indígenas del Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) –salvo dos de los representantes mapuche de la Región de la Araucanía en dicha entidad–, por representantes gubernamentales en el referido consejo y por miembros de la Unidad de Coordinación de Asuntos Indígenas del Ministerio Secretaría General de Gobierno. La Comisión se reunió por primera vez el 29 de septiembre de 2011 y fue presidida por el representante Rapa Nui en el Consejo Nacional de la Corporación, Rafael Tuki Tepano.

Luego de la delimitación de las formas adecuadas para el desarrollo de la consulta en cada territorio y la determinación general de los actores relevantes que liderarían dicho proceso en las reuniones de la comisión se abordó la necesidad de derogación inmediata del Decreto Supremo 124. Como se esperaba, los representantes de gobierno señalaron que ello no era posible mientras no se dictara una norma de reemplazo, lo cual debería ocurrir una vez terminado el proceso de consulta.

La representación indígena sostuvo que la vigencia de una normativa reglamentaria contraria a los estándares internacionales obligatorios para el Estado y resistida por todos los líderes indígenas, afectaría seriamente la calidad del proceso de “consulta de la consulta” y mantendría una norma abiertamente vulneratoria de los derechos de los pueblos interesados.

Dicho debate no tuvo solución definitiva y el trabajo de la comisión se interrumpió a fines de 2011. La última reunión de la que da cuenta el sitio oficial del gobierno data del 18 de octubre.

6 Liwenmapu.com: “Red Indígena denuncia al Centro DD.HH. UDP. Presenta peligroso argumento para los pueblos indígenas”, 13 de septiembre de 2011, liwenmapu.wordpress.com/
7 Consultaindigena.cl: “Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de Institucionalidad Indígena”, 1 de septiembre de 2011, www.consultaindigena.cl/index.html

Durante marzo de 2012, el presidente de la comisión envió una carta pública al Ministro de Desarrollo Social esbozando una síntesis de los argumentos por los cuales el DS 124 no cumple con los estándares internacionales de consulta y participación e insistiendo en la necesidad urgente de derogarlo.

Después del anuncio del Gobierno, en mayo de este año, sobre un proceso de preconsulta que finalmente no se realizó, y como resultado de la nueva conformación del Consejo Nacional de la CONADI⁸, se retomó el trabajo de la comisión de consulta, que ahora es presidida por el representante indígena urbano Marcial Colín Lincolao.

En esta oportunidad, la estrategia tanto de los miembros gubernamentales como de los representantes indígenas es ampliar la integración de la comisión. En efecto, existe una manifestación concreta de parte del grupo de líderes indígenas denominado Encuentro de Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas autoconvocados, así como otras organizaciones y líderes, que han estado desarrollando diálogos con representantes del Senado⁹ para generar, en el ámbito legislativo, una reglamentación de la consulta y participación indígena.¹⁰

El 8 de agosto de 2012 el ministro de Desarrollo Social, Joaquín Lavín, presentó en la sede de la OIT en Santiago la propuesta del Gobierno para definir una nueva normativa en relación al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. La propuesta del Gobierno se compone de 27 artículos a través de los cuales se busca establecer un procedimiento “para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y participación en conformidad a los estándares internacionales.”

Un análisis preliminar de la normativa permite identificar una serie de puntos críticos,¹¹ entre los cuales destaca la exclusión del ámbito de aplicación del nuevo mecanismo de consulta de los proyectos de inversión que deban ingresar al sistema de evaluación ambiental. El artículo 5 de la propuesta señala que, “La medida administrativa que autorice la realización de algún proyecto de inversión susceptible de afectar

8 La elección de los nuevos consejeros se desarrolló en enero con 31.226 sufragios, en una votación que se caracterizó por una baja participación entre los 175 mil acreditados para votar. www.galvarinochile.cl

9 El 27 y 28 de junio se desarrolló el Cuarto Encuentro Nacional de Pueblos Originarios y Comisiones de Derechos Humanos de ambas Cámaras, con el objeto de debatir las dificultades en la aplicación del Convenio 169. La actividad se realizó en la sala de sesiones del Senado del Congreso Nacional, Sede Santiago, participaron los Presidentes de las Comisiones de DD.HH. de ambas Cámaras y se contó con la exposición de Matías Abogabir, Asesor Especial sobre Asuntos Indígenas del Gobierno, sobre los alcances de la Consulta y el Decreto Supremo 124.

10 Sin embargo por medio de una declaración pública con fecha 16 de agosto del presente año, las autoridades ancestrales rechazaron el nuevo plan de consulta del gobierno y desistieron participar de la comisión ampliada para analizar el nuevo plan de consulta.

11 Por mencionar algunos, el artículo 9 señala una lista de ejemplos sobre cuando existiría afectación directa a través de la cual se restringe el ámbito de aplicación del derecho a la consulta. Además, cabe destacar que las hipótesis de afectación directa (en particular en letra c) no contienen referencia a conceptos claves en materia de derechos de los pueblos indígenas, específicamente: tierras y territorios.

directamente a algún pueblo indígena reconocido en la ley N° 19.253, en los términos señalados en el artículo 9° del presente reglamento, y que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, serán sometidos a los procedimientos de consulta que se contemplan en la Ley N° 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental. Asimismo, cuando algún proyecto de inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, éstas nuevas medidas no requerirán ser cometidas a consulta, cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada en los términos del inciso anterior.”

La exclusión de los proyectos de inversión y la remisión a las normas ambientales –que han sido abiertamente cuestionadas por no haber participado los pueblos indígenas en su formulación original ni en la modificación de 2010– estimamos será un punto de conflicto, dado que no cumple los estándares internacionales vigentes en la materia. En efecto además de las normas generales sobre consulta y participación –artículos 6 y 7–, el Convenio 169 consagra materias específicas sobre las cuales los pueblos indígenas deben ser consultados, destacando entre ellos la explotación de Recursos Naturales (Art.15.2), configurando lo que podríamos denominar Consulta “Particular”.

En este sentido, la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones (CEARC) afirma que, en relación a las consultas, “[...] toma nota de dos desafíos fundamentales: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de abordar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de los recursos naturales”.¹²

De este modo, reviste especial relevancia poder analizar el Nuevo reglamento del SEIA, toda vez que la propuesta de Reglamento de la Consulta se remite a él, y poder determinar cuál es el rol que la nueva institucionalidad ambiental debe desempeñar bajo los estándares del Convenio 169. Cabe destacar que el reglamento del SEIA está redactado en lenguaje facultativo, lo que es una contradicción, dado que la consulta es un derecho de los pueblos indígenas, derecho que tiene su fuente en un instrumento internacional jurídicamente vinculantes para el Estado de Chile. (“Art 86: Diálogo con grupos humano indígenas. [...] El Director Regional o el Director del Servicio podrán realizar un proceso de diálogo con los grupos humanos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad. [...]”). Además, la normativa en cues-

12 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1ª), pp. 731-732, 98° reunión, 2009.

ción genera un problema mayor si consideramos que la mayoría de las causas judiciales en las cuales las comunidades indígenas han invocado su derecho a ser consultados tiene relación con proyectos de este tipo.¹³

En definitiva, será necesario analizar durante el próximo año cómo se aborda la reciente propuesta del gobierno por los pueblos indígenas, y su relación con el nuevo reglamento del SEIA. Resulta a lo menos peculiar que el cronograma propuesto por el Gobierno tenga por objeto finalizar “la consulta de la consulta” en diciembre de este año. La extensión del proceso depende de un conjunto de factores, donde el principal objetivo debería ser lograr el consentimiento de los pueblos para el establecimiento de un mecanismo de consulta. Contemplar desde un inicio un plazo tan breve respecto a un tema clave, que se posiciona como la piedra angular de los derechos de los pueblos indígenas, permite a lo menos mirar con recelo las intenciones del Estado de propiciar un diálogo y realizar las modificaciones necesarias para lograr el acuerdo con los pueblos indígenas involucrados. Mientras se analice la nueva propuesta, el Decreto Supremo 124 de 2009 sigue plenamente vigente con lo que el Estado de Chile se mantiene en evidente vulneración de los estándares internacionales exigibles en materia de consulta y participación indígena.

1.3. La consulta en los Tribunales Superiores de Justicia

La consulta y participación indígena, tal como está prevista en el Convenio 169 de la OIT, ha sido objeto de consideraciones en diversas sentencias de los tribunales superiores de justicia chilenos. El impacto del Convenio 169 en fallos judiciales ha sido profuso, aunque su aplicación haya sido deficiente en algunos casos.¹⁴

Las decisiones judiciales se han remitido mayoritariamente a la resolución de conflictos por aplicación de la Ley de Bases del Medio Ambiente –Ley 19.300– en casos de calificación ambiental por las autoridades administrativas y respecto de proyectos de inversión que se desarrollan en territorios indígenas. En los últimos fallos –lo que resulta destacable para los efectos de este capítulo– se nota una variación en la doctrina de la Corte Suprema. Inicialmente, la Corte equiparaba las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental con los estándares de consulta del Convenio 169 de la OIT. En sentencias posteriores es posible encontrar considerandos

13 Corte de Apelaciones de Temuco Rol 1705 - 9 de enero de 2010, Caso Lof Palguín.; Corte Suprema, Rol 5757 - 2010, septiembre de 2010, Caso Comunidad Pepiükelen.; Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol 243 - 2010, agosto de 2010, Caso Comunidad Puquiñe; Corte Suprema, Rol 10090 – 2011, marzo de 2012, Caso Megaproyecto Eólico Chiloé.

14 Para un análisis más detallado de las jurisprudencia del Convenio 169 desde su entrada en vigor, ver “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento”, en *Anuario de Derecho público 2011*, Universidad Diego Portales.

que restringen el alcance del derecho a consulta y validan el DS 124. En algunas eliminó toda referencia al derecho internacional. La doctrina inicial, que parecía asentada, ha variado recientemente. Si bien el abandono de una doctrina carente de sustento jurídico significa un avance, la actuación de la Corte aún presenta un problema central: no ha fijado criterios generales de interpretación que permitan resolver, a partir de sus fallos, cuestiones cruciales para fijar un marco jurídico delimitado de los estándares de la consulta y participación indígena.

Dos de las más recientes sentencias de la Corte Suprema hacen ostensible este punto: en abril de este año, en el caso Caso El Morro¹⁵, el Tribunal Superior ratificó el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que dejó sin efecto una resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama, que autorizó el proyecto minero El Morro en el sector cordillerano de la provincia de Huasco. La resolución de la Corte Suprema precisa que se anula la resolución mientras no se realicen las consultas a las comunidades indígenas de la zona de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.¹⁶ En el caso de la línea de transmisión eléctrica Melipeuco-Freire,¹⁷ con fecha 8 de junio recién pasado, el alto tribunal revocó la sentencia de la Corte de Temuco, eliminando con ello la invocación que esta hizo de las normas aplicables del Convenio 169, señalando no que no eran aplicables las normas del tratado puesto que el proyecto no producía afectación de las comunidades mapuche adyacentes al proyecto.

Otro asunto que evidencia el cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto es el Caso del megaproyecto eólico Chiloé,¹⁸ resuelto en marzo de este año. La Corte Suprema revocó la desición de la Corte de Apelaciones que había rechazado el recurso por falta de afectación y acogió el recurso, señalando que el proyecto debería someterse a un EIA y exigiendo que el procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley 19.300 se rija por los estándares del Convenio 169. El tribunal superior afirma que la decisión es ilegal por faltar al imperativo legal de consulta, lesionando la garantía de la igualdad ante la ley, porque, al negarse la consulta establecida en el Convenio, se niega el trato de iguales a las comunidades indígenas.

Cabe destacar el Caso Proyecto Sondaje de Prospección Paguanta. Este fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Iquique. Posterior-

15 Corte Suprema, Rol 2211-2012; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 618-2011.

16 Id., "Precisándose que el acto ordenado dejar sin efecto corresponde a la Resolución Exenta N° 49 de fecha 14 de marzo de dos mil once dictada por la Comisión de Evaluación Región de Atacama que califica favorablemente el Proyecto El Morro, en tanto no se subsanen las deficiencias observadas en el fundamento undécimo del fallo en alzada a las consideraciones contenidas en la letra c) en relación a la letra d) del N° 11 de dicha Resolución de Calificación Ambiental"

17 Corte Suprema, Rol 1602-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 349-2011.

18 Corte Suprema, Rol 10090 - 2011.

mente, la Tercera Sala de la Corte Suprema, en desición unánime,¹⁹ acogió un recurso de protección. La Corte falló que el proyecto se encontraba emplazado en el área de desarrollo indígena “Jiwasa Orage”, en virtud del DS 67 de 2001,²⁰ y que por lo tanto se debería haber realizado un estudio de impacto ambiental. Cabe destacar el razonamiento de la Corte estableciendo que, para otorgar efectividad al derecho a la igualdad consagrado en el artículo primero de la CPR, se debe aplicar en el caso en análisis los estándares de consulta contenidos en Convenio 169. La Corte señala “que conviene dejar consignado que el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegure el ejercicio del derechos esencial que la Consitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por lo cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”.²¹ Además, concluyó que las instancias de participación realizadas con el objeto de socializar el proyecto, “a través de reuniones y asambleas, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha.”²² La Corte especifica que las sesiones de información y explicación del proyecto a los habitantes del área no constituyen consulta, porque estos no tienen la posibilidad de influir en la gestación y forma del desarrollo del mismo.. En definitiva, la Corte considera que las limitaciones para el desarrollo de proyectos de inversión y la obligación de realizar procesos de consultas no solo se aplican cuando está en peligro la sobrevivencia de un grupo sino también cuando se pueda afectar sustancialmente su forma de vida, como el caso en análisis.

Actualmente existe censo en la comunidad jurídica chilena sobre la plena aplicabilidad de las normas concernientes sobre consulta y participación indígena, tal y como están contenidas en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, persisten algunas dudas relacionadas con los estándares precisos y los instrumentos aplicables, interrogantes que no han sido resueltas de manera unificada y precisa por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, permitiendo que –a falta de una

19 Corte Suprema, Rol 11040 - 2011, ministros Sergio Muñoz, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, Juan Escobar (suplente) y el abogado integrante Luis Bates.

20 Establece que se trata de territorios en los que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los pueblos indígenas y sus comunidades.

21 Corte Suprema Rol 11040 - 2011, considerando 5°.

22 Id., considerando 9°.

normativa que establezca claridad en la materia– los fallos judiciales se sumen a la incertidumbre del alcance de la consulta.

Los casos antes mencionados también ponen de relieve como la judicialización de proyectos de inversión que involucran tierras, territorios y recursos naturales de pueblos indígenas ha sido fuertemente cuestionada por sectores empresariales. La “falta de certeza” o “incertidumbre” ha llevado al sector empresarial a realizar un llamado a las autoridades de gobierno a definir los mecanismos administrativos, afirmando que la aleatoriedad de los fallos judiciales paralizará los proyectos de inversión y desencadenará una crisis en el área productiva y de desarrollo.²³ En contrapartida, los pueblos indígenas han encontrado en la judicialización de sus casos una alternativa válida ante la omisión de las autoridades de gobierno en propiciar un proceso participativo para determinar un mecanismo de consulta legitimado por los pueblos indígenas y conforme a los estándares internacionales.²⁴

En síntesis, el foro en donde se han puesto en juego los alcances y aplicación concreta de la consulta indígena ha sido el judicial; este, si bien ha ido considerando de manera creciente las normas del Convenio 169 sobre la materia, no ha dirimido si los ámbitos de aplicación de la ley indígena y ambiental satisfacen los requerimientos de la consulta y participación contenidos en los instrumentos internacionales.

1.4. Proyectos de ley y el derecho a la consulta

Uno de los principales desafíos en materia de consulta se refiere al establecimiento de un mecanismo que garantice la participación de los pueblos indígenas en proyectos de ley referentes a temáticas que los involucren o que consagren medidas susceptibles de afectarles directamente. En esta materia, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, tras su visita a Chile en 2009 y al referirse a los criterios para hacer operativa la consulta sobre la reforma constitucional en Chile, distinguió dos niveles de consulta: tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo tienen la obligación de realizar procesos de consulta cuando se trate de adoptar medidas que involucren y afecten a los pueblos indígenas. En este sentido afirmó:

43. Tal como entiende el Relator Especial, y concordante con la práctica comparada, en Chile el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas del país en relación con las medidas legislativas

23 *La Tercera*: “Inversiones por US\$ 22 mil millones trabadas por resistencia de comunidades”, 10 de junio de 2012.

24 *La Tercera*: “Chile. Consulta indígena y la Corte Suprema”, 23 de mayo de 2012.

susceptibles de afectarles directamente corresponde principalmente al poder legislativo. El Tribunal Constitucional estableció en relación al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que "La norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que [...] está modificando las disposiciones de la Ley orgánica constitucional del Congreso Nacional" e introduce "una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley".

44. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no excluye, sin embargo, las obligaciones que correspondan también al ejecutivo, en su papel de colegislador, de llevar a cabo las consultas necesarias con los pueblos indígenas en relación con los proyectos de ley que el ejecutivo presente ante el legislativo. [...]
45. En Estados con sistemas de producción normativa similares al de Chile también se han planteado consultas en dos niveles, como en el caso de Colombia, donde las consultas llevadas a cabo en relación con proyectos legislativos introducidos por el ejecutivo se realizan de manera previa a las audiencias celebradas por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso con miras a consultar a los pueblos indígenas.²⁵

Urge el establecimiento de un mecanismo de consulta para evitar que sigan aprobándose leyes sobre las cuales los pueblos indígenas debieron ser consultados y en que no pueden incidir por no contar con un mecanismo efectivo de participación. En esta evidente falta de las autoridades del Estado radican los motivos por los cuales muchos procesos de aprobación legal o reglamentaria en el último tiempo han sido cuestionados. En algunos casos, se han realizados procesos de consulta indígena deficitarios, como la modificación del reglamento sobre participación ciudadana de la Ley de Bases del Medio Ambiente; respecto a otros proyectos de ley, simplemente no se desarrolló proceso de consulta alguno. Entre estos últimos, destacan la reforma constitucional que regula la migración a la Isla de Pascua, la llamada Ley de Antidiscriminación y la modificación a la Ley de Pesca²⁶, por mencionar algunos casos que han tenido connotación pública.

La autoejecutabilidad como criterio obligatorio para todas las autoridades del Estado; la jerarquía –al menos supralegal– del Convenio 169,

25 Párrs. 43, 44 y 45 del Apéndice A sobre "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas", del Informe presentado por el Relator Especial ante el Consejo de Derechos Humanos de su visita a Chile, el 5 de octubre de 2009.

26 El 18 de julio del 2012, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley sobre la nueva Ley de Pesca. Esta, adoptada sin consulta de los pueblos indígenas del país, permite de facto a siete familias controlar la pesca de todo el país, en detrimento de las pequeñas y medianas empresas pescadoras y de los pueblos indígenas cuya supervivencia depende del mar, como los Mapuche Lafkenche. El proyecto todavía debe ser discutido en el Senado. Los Lafkenche anunciaron que van a continuar movilizándose por su derecho a la pesca y a la vivienda.

a la luz del artículo 5^o inciso 2^o de la Constitución Política; así como la mayor rigurosidad de los requerimientos de consulta y participación indígena en comparación tanto con las normas ambientales sobre participación como con las de la ley indígena y su reglamentación, obligan a todas las autoridades estatales a desarrollar estos derechos de acuerdo a los estándares correctos y exigibles a Chile.

Avanzar en materia de consulta y participación indígena es una tarea crucial y urgente que requiere de acciones tendientes, en primer lugar, a la adopción por parte de todas las agencias y autoridades estatales de los estándares obligatorios para ellas y, en segundo término, el desarrollo de mecanismos adecuados para asegurar los derechos de los pueblos que son sus titulares.

2. VIOLENCIA CONTRA COMUNIDADES INDÍGENAS, LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA Y CRIMINALIZACIÓN

Como se dio cuenta en el *Informe 2011*, en marzo de ese año cuatro comuneros mapuche iniciaron una huelga de hambre –que se prolongó hasta junio del mismo año– en protesta por la aplicación de la ley antiterrorista para determinar sus condenas. La huelga se depuso una vez creada la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche²⁷, que tendría a su cargo:

- i) Realizar buenos oficios destinados a resolver situaciones generales o particulares de las personas que pertenecen al pueblo mapuche
- ii) Emitir recomendaciones basadas en los estándares internacionales de derechos humanos, con especial énfasis en los compromisos suscritos por el Estado de Chile
- iii) Proponer una reforma efectiva de la Ley 18.314 de manera que se ajuste en su tipificación a los estándares internacionales y a analizar las obligaciones que debe cumplir el Estado de Chile en materia de reclusión de personas pertenecientes a pueblos indígenas, de conformidad a lo establecido en el art. 10 del convenio 169 de la OIT.

La Comisión tendría un mandato de nueve meses desde su constitución formal para realizar las actividades previstas, y dos meses adicionales para la elaboración de un informe que emitiría recomendaciones. Desde la presentación del último *Informe Anual sobre Derechos Humanos* UDP, la Comisión ha sesionado dos veces, abordando, entre otros temas, la necesidad de modificar o derogar la Ley Antiterroris-

27 Instituto Nacional de Derechos Humanos: “Se constituyó en Concepción la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche”, 21 de julio de 2011, www.indh.cl

ta, por contraponerse con estándares internacionales en materia de derechos humanos establecidos en el Convenio 169 de la OIT; la obligatoriedad de consultar el proyecto de ley de pesca y la falta de consulta del Reglamento sobre impacto ambiental²⁸. El 6 de septiembre la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche concluyó su labor y anunció que será entregado al Estado un informe con recomendaciones específicas sobre diversos temas, entre ellos: la Ley Antiterrorista, los derechos territoriales y la discriminación que afecta, en distintos ámbitos al pueblo mapuche.²⁹

Si bien la huelga de hambre de los comuneros logró llamar la atención temporalmente sobre la obligación del Estado de Chile de adecuar la Ley 18.314 a los estándares internacionales, la presión generada no fue suficiente para lograr ese cometido. Las múltiples solicitudes de derogatoria o modificación culminaron el 21 de junio de 2011 con la última reforma de la norma –mediante la promulgación de la Ley 20.519– en que se consignó expresamente que la ley “no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años”.³⁰ La reforma limitó la edad para poder ser imputado, pero no corrigió los defectos más graves de la ley: su amplitud y las limitaciones que impone al debido proceso.

Pese a la prohibición, la Fiscalía ha pretendido imputar a menores de edad cargos por presuntos delitos contenidos en la ley antiterrorista, como ocurrió en marzo de 2012 durante la preparación del juicio oral en el tribunal de Garantía de Victoria, cuando el Ministerio Público formuló cargos por los delitos de robo con intimidación de carácter terrorista, incendio terrorista y asociación ilícita terrorista, entre otros, a diez comuneros –entre ellos dos menores de edad– por hechos presuntamente ocurridos durante 2009³¹.

Desde hace un tiempo, este *Informe* ha dado cuenta de las preocupaciones y recomendaciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos a propósito de la aplicación de la Ley Antiterrorista a actos relacionados con la “lucha social” por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas. La reciente decisión de la Comisión Interamericana³² de admitir la demanda y someter al

28 www.indh.cl

29 Instituto Nacional de Derechos Humanos: “Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche concluye su labor con informe que será entregado al Estado”, 6 de septiembre de 2012, www.indh.cl

30 Esta última reforma solo tuvo por objeto aclarar y hacer explícito uno de los principales puntos incluidos en la reforma del octubre de 2010.

31 Radio Universidad de Chile: “Tribunal inicia juicio a mapuche imputados por Ley Antiterrorista en medio de críticas”, 26 de marzo de 2012.

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe de admisibilidad 89/06. Petición 619-03. Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao c. Chile*. 21 de octubre de 2006. Afirma la CIDH como sustento de la admisibilidad del caso: “los alegatos de los peticionarios relativos al régimen penal especial aplicado a las presuntas víctimas, la definición de la conducta antijurídica o tipo penal utilizado, la determinación del juez competente y el derecho a defensa,

conocimiento de la Corte el caso de los *lonkos* Aniceto Norín y Pascal Pichún –primera imputación de miembros del pueblo mapuche bajo la Ley Antiterrorista– impone retomar las recomendaciones que en 2007 hizo el Comité de Derechos Humanos³³, a efectos de evaluar el estado actual de cumplimiento de la recomendación y los estándares a los que debería someterse la Ley Antiterrorista.

En su momento, el Comité expresó:

la definición de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista 18.314, podría resultar demasiado amplia (...) esta definición ha permitido que miembros de la comunidad Mapuche hayan sido acusados de terrorismo por actos de protesta o demanda social, relacionados con la defensa de los derechos sobre sus tierras. El Comité observa también que las garantías procesales, conforme al 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley. (artículos. 2, 14 y 27 del Pacto)

Acto seguido recomendó:

adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos. **Tal definición debe limitarse a crímenes que ameriten ser equiparados a las consecuencias graves asociadas con el terrorismo y asegurar que las garantías procesales establecidas en el Pacto sean respetadas** (énfasis añadido)

Ahora bien, la Ley Antiterrorista vigente a la fecha establece que:

Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima

podrían llegar a caracterizar prima facie una violación de los derechos garantizados en los artículos 8 y 9 (garantías judiciales y Principio de Legalidad y de Retroactividad, respectivamente) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Aniceto Norín Catrimán y Pascual Huentequero Pichún Paillalao. Asimismo, en virtud de los alegatos de los peticionarios relativos a la aplicación a las presuntas víctimas de un régimen penal especial más severo que el régimen común, en virtud de su origen étnico, la CIDH considera que los hechos denunciados podrían caracterizar una violación al artículo 24 de la Convención (igualdad ante la ley)” (textos entre paréntesis añadidos). El 4 de julio de 2012, mediante comunicación dirigida a las partes, la Corte IDH informó y solicitó observaciones, sobre un presunto desistimiento de la demanda ante el sistema interamericano por parte de los *lonkos* Norín y Pichún. Acto seguido, estos afirmaron que su firma fue falsificada y/u obtenida bajo engaño. A la fecha, no ha habido un pronunciamiento oficial que dirima la controversia.

33 Comité de Derechos Humanos, 89º periodo de sesiones, Nueva York, 12-30 de marzo de 2007, GENERAL CCPR/C/CHL/CO/5 17 “

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 atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. La presente ley no se aplicará a las conductas Art. 1 N° 1 ejecutadas por personas menores de 18 años (...)

En lo que tiene que ver con la definición del delito de terrorismo, el Ex Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, subrayó la “necesidad de limitar estrictamente la aplicabilidad de la legislación antiterrorista a actos específicos que representen un **nivel de violencia suficientemente elevado como para distinguir de cualquier otro tipo de hecho delictivo la naturaleza particularmente grave del terrorismo**”³⁴.

En tal sentido, ha sugerido que las disposiciones de orden interno que definen el delito de terrorismo lo hagan con base en la descripción que de tal hace la Resolución 1566 de 2004 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que requiere de tres condiciones acumulativas:

- a) Que se cometa contra miembros de la población en general o contra determinados sectores de la población en general, con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes;
- b) Que se cometa con el propósito de provocar un estado de terror, de intimidar a una población o de obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo;
- c) Que contenga todos los elementos de un delito grave definidos por la ley vigente en el momento de su comisión³⁵.

A su vez, ha puntualizado que “**el elemento importante de la resolución es el carácter acumulativo** de su tipificación de terrorismo (...) la tipificación en tres pasos que figura en la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad respecto de los actos que deben prevenirse –o sancionarse, cuando no hayan podido prevenirse– en la lucha contra el terrorismo aprovecha los delitos acordados actualmente en relación con los aspectos del terrorismo utilizándolos como delitos de referencia, y establece un umbral apropiado exigiendo que, además, tales delitos se cometan con la intención de causar la muerte

34 Consejo de Derechos Humanos, 16° período de sesiones, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martín Scheinin, 15 de diciembre de 2010. (énfasis añadido)
35 Id.

o lesiones corporales graves o de tomar rehenes; y con la intención de provocar un estado de terror, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo”.

La formula acumulativa garantiza que sean considerados como actos de carácter terrorista los que cumplan estos tres parámetros.

La tipificación actual de la legislación antiterrorista no está a la altura de los estándares internacionales por varias razones: i) no utiliza el criterio acumulativo, ii) incluye delitos cuyo efecto no es causar la muerte o lesiones corporales graves a las personas, iii) mantiene una definición tan amplia del delito de terrorismo que permite adecuar a ese tipo penal conductas que no lo son y iv) no especifica de manera taxativa qué conductas lo constituyen.

En una carta conjunta, firmada el 26 de octubre de 2011, que analiza la situación de los presos mapuche que fueron inicialmente imputados bajo la Ley Antiterrorista, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y el Relator Especial sobre los derechos de los indígenas afirman que: “el principio de legalidad en el derecho penal, contemplado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como por ejemplo en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual no es derogable incluso en situaciones de emergencia pública, **implica que el requisito de responsabilidad penal esté limitado a disposiciones claras y precisas de la ley para respetar el principio de seguridad jurídica y asegurar que dicho requisito no se vea sujeto a interpretaciones que podrían ampliar la definición de la conducta prohibida**”³⁶.

El Relator Especial Ben Emmerson considera que es esencial que se perciba que la protección de los derechos de las víctimas del terrorismo es una responsabilidad jurídica genuina que compete principalmente a los Estados y que no se utilice como pretexto para violar los derechos humanos de los sospechosos de terrorismo, para adoptar medidas de emergencia que establezcan poderes ejecutivos excesivos y desproporcionados o para otros propósitos de carácter fundamentalmente político; y señala que será firme al responsabilizar a los Estados cuando considere que la obligación de proteger los derechos de las víctimas del terrorismo se esté usando de manera inadecuada para encubrir acciones

36 Mandatos del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. REFERENCE: AL Indigenous (2001-8) Terrorism (2005-4) G/SO 214 (53-24) CHL 1/2011. 26 de octubre de 2011. (énfasis añadido)

represivas del Estado que no sean consistentes con las normas internacionales sobre la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de quienes estén acusados de preparar, instigar o cometer actos de terrorismo³⁷.

2.1. Situación en Temuicui

Dentro de los últimos hechos de violencia acaecidos en la zona sur del país, destaca lo ocurrido la mañana del lunes 23 de julio, fecha en que la comunidad mapuche Ignacio Queipul de Temuicui ingresó a los predios Montenegro y La Romana, propiedad del agricultor René Urban, en lo que denominaron una recuperación productiva de sus tierras³⁸. Carabineros desalojó violentamente el recinto, utilizando balines y gases lacrimógenos e hiriendo al menos a dos personas. Doce comuneros mapuche fueron detenidos³⁹. La madrugada del martes 24 se produjeron nuevos hechos de violencia en la zona: un grupo de encapuchados incendió dos camiones forestales en la ruta que une a las ciudades de Temuco y Nueva Imperial⁴⁰.

Destaca, entre los hechos más graves, lo ocurrido a las afueras del Hospital de Collipulli: mientras algunos miembros de la comunidad se encontraban fuera del recinto hospitalario para averiguar el estado de salud de los detenidos en el allanamiento del día anterior, la policía disparó balines a pocos metros de los presentes, hiriendo a un adolescente de 16 años y a una niña de 12⁴¹.

2.2 Cumbre de seguridad

Como consecuencia de lo anterior, el gobierno convocó una Cumbre de Seguridad que analizó los últimos hechos de violencia en la Araucanía⁴². Participaron el Presidente Sebastián Piñera; el ministro del Interior Rodrigo Hinzpeter; el subsecretario Rodrigo Ubilla; el general director de Carabineros Gustavo González; el director nacional de la PDI Marcos Vásquez; el fiscal nacional Sabas Chahuán; el fiscal regional de La Araucanía, Francisco Ljubetic; el jefe de la IX Zona de

37 Asamblea General de Naciones Unidas, Sexagésimo sexto periodo de sesiones. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Ben Emmerson, 18 de agosto de 2011, A/66/310

38 werken.cl: "Comunidad Mapuche Ignacio Queipul de Temuicui, reinicia recuperación productiva del fundo Monte Negro", 23 de julio de 2012.

39 *La Nación*: "12 comuneros detenidos tras desalojo de fundo La Romana en Ercilla", 23 de julio de 2012.

40 *El Mercurio*: "Quema de dos camiones forestales recrudece violencia en La Araucanía", 23 de julio de 2012.

41 Cooperativa: "Impacto causan imágenes de niños mapuche heridos en Collipulli", 24 de julio de 2012.

42 *La Tercera*: "Autoridades se reúnen en Cumbre de Seguridad por conflicto mapuche en La Araucanía", 24 de julio de 2012, www.latercera.com

Carabineros, general Iván Bezmalinovic; y el jefe de la Dirección de Inteligencia Policial de Carabineros, general Christian Fuenzalida; además de autoridades regionales encabezadas por el intendente de La Araucanía, Andrés Molina. La cumbre no incluyó al Defensor Penal Público ni a las autoridades indígenas.

El encuentro concluyó con un Plan Especial de seguridad para la región de la Araucanía, que dispuso una serie de medidas⁴³ encaminadas a apaciguar el conflicto. La mayoría de medidas adoptadas involucran al fortalecimiento de las facultades de investigación, el aumento de dotación policial en la zona y el incremento de recursos para las policías, tanto de Carabineros como de Investigaciones⁴⁴. Llama la atención, por decir lo menos, que, dada la naturaleza de las medidas discutidas y teniendo en cuenta que algunas de ellas podrían ser objeto de consulta, se haya obviado convocar a las autoridades indígenas.

Dentro de las medidas adoptadas, se creó una Unidad Permanente y Especializada de abogados para el seguimiento de las querrelas criminales. La unidad estará a cargo del exfiscal del “caso bombas”, Alejandro Peña. Peña fue ampliamente criticado por su rol dentro del proceso –que culminó con la libertad de todos los imputados–, incluyendo serios cuestionamientos sobre la independencia de su gestión. El nombramiento de Peña como jefe de la Unidad ha levantado críticas sobre su idoneidad para desempeñar el cargo y enfrentar uno de los momentos más complejos de violencia en la región.⁴⁵

Al cierre de este *Informe*, miembros de la alianza territorial mapuche se encontraban ocupando de manera pacífica las oficinas de Unicef en Santiago desde el jueves 26 de julio. Las ocupantes⁴⁶ manifestaron su decisión de mantenerse ocupando las oficinas del organismo internacional hasta que el Representante Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos solicite al Ministerio del Interior el retiro total de las fuerzas policiales de sus territorios.

3. SEGUIMIENTO DE CASOS DE VIOLENCIA POLICIAL EN LA ARAUCANÍA

3.1. El caso de Matías Catrileo Quezada

Como se documentó en el *Informe 2011*, la familia del joven Matías Catrileo (muerto en enero de 2008 durante la toma del fundo Santa

43 Ministerio del Interior y Seguridad Pública: “Ministro Rodrigo Hinzpeter anunció Plan Especial de Seguridad para la Región de La Araucanía”, 24 de julio de 2012, www.interior.gob.cl

44 *La Tercera*: “Cumbre de seguridad: Policías comprometen envío de más efectivos a La Araucanía y fiscalía aumentará recursos”, 24 de julio de 2012, www.latercera.com

45 *El Mostrador*: “Tuma sobre designación de Peña para investigar el conflicto mapuche: ‘No pudimos quedar en peores manos’”, 30 de julio de 2012, www.elmostrador.cl

46 Al interior de la oficinas de Unicef se encuentran tres mujeres –Sandra del Rosario Meza Huencho, Fanny Meza Huencho y María Isabel Paillal Henchiqueo– y una niña de dos años de edad.

Margarita de Vilcún) accionó un recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte Marcial de Valdivia, que aumentó a tres años y un día la condena que había impuesto el tribunal militar de Temuco en contra del funcionario de Fuerzas Especiales de Carabineros Walter Ramírez⁴⁷.

Al cierre del capítulo anterior, estaba pendiente la revisión del fallo por parte de la Corte Suprema. El Tribunal se pronunció el 15 diciembre de 2011, rechazando los recursos de casación presentados, en un fallo unánime de los magistrados que integran la Sala Segunda. El fallo rechazó la solicitud de anulación por cuanto, en su parecer, hubo suficiente fundamentación en la sentencia recurrida, razón por la cual no sería procedente la casación. En lo relacionado con el otorgamiento de libertad vigilada, el Tribunal manifestó que, dado que el beneficio no es parte del contenido esencial de la sentencia, no podía ser reclamado por vía del recurso de casación⁴⁸.

3.2. El caso de Jaime Mendoza Collio

Al cierre del *Informe 2011* se reportó que la Corte de Apelaciones de Temuco sobreescribió la causa por homicidio frustrado en contra del carabiniero Francisco Jara, pronunciamiento que desacreditó la tesis propuesta por la defensa del funcionario, que sugirió que este había disparado a Mendoza Collio en legítima defensa. El 24 de noviembre de 2011, el juez Militar de Valdivia, General de Ejército Alejandro Maggi, profirió condena en contra de Jara Muñoz, sentenciándolo a cumplir 5 años y un día de presidio. No obstante lo anterior, llama la atención que, pese a la gravedad de los hechos, el funcionario se encuentre cumpliendo funciones administrativas al interior de Carabineros.

La sentencia del Tribunal Militar de Valdivia omitió la recomendación de la Fiscalía de Angol, que sugería una condena que aplicara la pena máxima de 15 años. Acto seguido, la familia de Mendoza Collio presentó sus descargos ante la Corte Marcial para que se aumente la pena. La Corte Marcial, en sentencia del 16 de agosto de 2012, revocó la sentencia apelada y absolvió al cabo Jara Muñoz. El tribunal acogió la tesis de legítima defensa y dio por no acreditado el montaje, en

47 La Casación se solicitó argumentando que: "i) los jueces de alzada debieron consignar circunstanciadamente los fundamentos que tuvieron en cuenta para desechar su apelación, compartiendo erradamente, en su concepto, la configuración de las atenuantes establecidas en los numerales 6 y 10 del artículo 11 del Código Penal; ii) el fallo impugnado, si bien reproduce el artículo 68 del código citado, no explica el razonamiento empleado para rebajar la pena asignada al delito del cual resultó responsable como autor el carabiniero Ramírez Inostroza, no pudiéndose inferir que la sola configuración de dos atenuantes, consideradas además en forma errónea, sea argumento suficiente para rebajar la pena en un grado, como tampoco para imponerla en el mínimo y iii) tampoco se da cumplimiento a los artículos 15 N° 3 y 24 de la Ley N° 18.216, dado que se concede el beneficio de la libertad vigilada sin invocar fundamento alguno, cuestión que conculca abiertamente las normas citadas."

48 Corte Suprema, Rol 6780-2010, Sentencia del 15 de diciembre de 2011.

contradicción a los informes periciales. El abogado Lorenzo Morales, representante de la familia del comunero mapuche Jaime Mendoza Collío, criticó el fallo que absolvió al cabo Jara y afirmó que “lo grave de la sentencia impugnada es que desecha los peritajes científicos afianzados en el proceso de conformidad al artículo 120 bis número 3 del Código de procedimiento penal [...] y acoge un metaperitaje no considerado en la sentencia del Juez militar de Valdivia, por haber sido emitido por persona no profesional del área, tal como consta en los antecedentes de la causa.” Al cierre de este informe, el abogado Morales ya había deducido el recurso de casación en el fondo y señaló que la familia estaba considerando acudir a instancias internacionales, específicamente, presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁹

4. INCORPORACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS EN MATERIA PENAL Y DE FAMILIA

El Convenio 169 dispone en su artículo 8 que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

A su vez, el artículo 9 del mismo instrumento puntualiza que:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

⁴⁹ Información proporcionada por el Abogado Lorenzo Morales Cortes.

Por primera vez desde la publicación de este *Informe*, analizaremos brevemente las sentencias que han incorporado los estándares internacionales dentro de sus razonamientos, fuera del ámbito ambiental. Durante el último año, los tribunales han extendido la obligatoriedad del Convenio más allá del derecho a la consulta y han incorporado, por ejemplo, la perspectiva intercultural –como atenuante de la responsabilidad penal–, el derecho de las comunidades indígenas a no ser violentadas en el marco de operativos policiales y la obligación de tomar medidas especiales de salvaguarda, entre otros.

a) Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia del 27 de octubre de 2011⁵⁰.

El Tribunal precisa que la calidad de indígena no requiere de prueba adicional a la establecida en el artículo 2 de la Ley 19.253 y, en tal sentido, afirma que si uno de los demandantes tiene apellido de procedencia indígena no necesita acreditar su pertenencia con ningún otro medio de prueba.

Acto seguido, homologa el acuerdo reparatorio al que llegaron las partes, a propósito de un proceso cursado por violencia intrafamiliar. Para aprobar el acuerdo, interpreta la Ley 20.066 a la luz del Convenio 169 y concluye que, en el caso particular, “es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido, por sobre la Ley 20.066”. El Tribunal es claro en establecer que deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, si ello es compatible con el ordenamiento interno.

Este fallo fue posteriormente apelado por cuanto, en opinión de los demandantes, “los acuerdos reparatorios (...) resultan ser débiles por no existir pie de igualdad entre los intervinientes y además, por aplicación del principio de especialidad, en cuya virtud debe aplicarse el artículo 19 de la Ley 20.066 por sobre el Convenio 169 de la OIT”. En sentencia del 4 de enero de 2012, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. Aunque el máximo tribunal no fue explícito en señalar que el Convenio prima por sobre la ley interna en cuestión o viceversa, adujo que la interpretación del Tribunal regional no comportó una falta o abuso en cuanto fue justificada. La Corte Suprema omitió referirse a lo acertado o no en la interpretación de la sentencia apelada.

50 Rol: 10635-2011.

- b) Corte de Apelaciones de Temuco, Recurso de protección, 16 de diciembre de 2011⁵¹.

El Tribunal conoció de un recurso de protección interpuesto por cinco mujeres pertenecientes a la comunidad *Wente Winkul Mapu* en contra de la Gobernación de la provincia de Malleco, Carabineros de Chile y otros. Las demandantes precisaron que el recurso buscaba proteger a los niños, ancianos, hombres y mujeres de la comunidad del accionar de la fuerza pública que, durante un allanamiento a la comunidad, disparó gases lacrimógenos en casas donde habitaban menores y mayores de edad, afectando su salud.

La Corte estableció que los hechos narrados por los peticionarios eran ilegales al violar la Convención del Niño y el artículo 4 del Convenio 169, que obliga a la autoridad pública a tomar medidas especiales para salvaguardar a las personas que integran las comunidades indígenas. La sentencia acogió el recurso de protección y ordenó a Carabineros que se abstuviera de realizar actos de violencia contra mujeres y niños y de lanzar bombas lacrimógenas en los patios de las viviendas de la comunidad referida. El recurso fue revocado por la Corte Suprema. Este caso es relevante dado que reconoce la posibilidad que, a través del recurso de amparo, se revelen situaciones de violencia estructural. Cabe destacar, en igual sentido, el recurso de amparo interpuesto por el INDH y la DPP a favor de la misma comunidad que sí fue acogido por la Corte Suprema. La directora del INDH, Lorena Fries, afirmó que “la relevancia de este fallo es que se confirma la necesidad de que todo procedimiento policial se ajuste estricta y rigurosamente a los lineamientos internacionales en materia de respeto y garantía de los derechos humanos fundamentales, lo que no ocurrió en el procedimiento efectuado en Ercilla, y donde se vieron afectados física y psicológicamente niños y niñas, mujeres y personas de la tercera edad”⁵².

- c) Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia del 21 de diciembre de 2011⁵³.

La Defensoría Penal Pública presentó una acción de amparo a favor de FMM, niño mapuche de 10 años, miembro de la comunidad de Temucuicui, y de otros integrantes de la misma.

La acción se fundamentó en la privación de libertad de FMM con ocasión de uno de varios operativos policiales en la zona. El niño estuvo retenido por varias horas y fue liberado al día siguiente. El

51 Rol: 342-2011

52 INDH: “Corte Suprema acoge apelación del INDH y Defensoría Penal por violencia policial en Ercilla”, 20 de julio 2012, www.indh.cl.

53 Rol: 1136 -2011

demandante alegó que los hechos se enmarcan dentro de un estado de hostigamiento policial permanente a la comunidad, en la que efectivos policiales hacen presencia permanente, registran las viviendas y utilizan gases lacrimógenos.

La Corte estableció que la detención del menor efectivamente fue arbitraria. Pese a no constatar otro daño y afirmar que los operativos policiales se encontraban legitimados formalmente, estos motivaron el cuestionamiento del Tribunal “respecto de la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo”, por lo que “sitúan a carabineros frente al riesgo permanente de vulnerar no solo lo dispuesto en el artículo 19 No. 7 de nuestra Carta Fundamental sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT (...)”.

En fallo del 5 de enero de 2012, la Corte Suprema confirmó la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Temuco, sin presentar consideraciones para sustentar la confirmación del fallo.

d) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de enero de 2012⁵⁴.

La Segunda Sala acogió de manera unánime un recurso de casación presentado en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción en el cual se había dictado sentencia por los homicidios de José del Carmen y Agustina del Carmen Huenupe Pavián, y las lesiones a otras 14 personas, perpetrados al interior de la comunidad mapuche Cauñicú el 13 de julio de 2002.

El máximo tribunal determinó que la muerte de los dos hermanos y las lesiones se habían producido en “el marco de una solución ancestral de conflicto en las comunidades mapuche conocida como malón, que implica el desalojo violento de un lugar cuando no se cumplen con las normas de convivencia del grupo”.

En este caso se admitió por primera vez la pericia antropológica como medio de prueba para valorar la costumbre indígena, se redujo la condena a acusados mapuche sobre la base de su costumbre y se reconoció explícitamente que el derecho consuetudinario mapuche es fuente de derecho y, en el caso concreto, resulta compatible con la legislación chilena.

Afirma la Corte:

tales preceptos hacen plenamente aplicable la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, la que constituye derecho, siempre que no sea incompatible con la Carta Magna del Estado, práctica que en materia

54 Rol: 2683-2010.

penal "...puede servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad...", lo que en el caso sub lite, si bien no califica para darle el tratamiento de eximente de responsabilidad penal, existen antecedentes suficientes y coherentes para considerarla como "aminorante" de la conducta demostrada por los enjuiciados, recepcionando así el derecho consuetudinario y hábitos del pueblo pehuenche como fuente de derecho, de modo de hacer compatible la sanción penal prevista en nuestra legislación general con las características económicas, sociales y culturales de esa etnia.

e) Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia del 15 de marzo de 2012⁵⁵.

El INDH presentó un recurso de protección a favor de las niñas, niños y adolescentes de la comunidad José Jineo, con ocasión de la publicitada incursión de carabineros a la comunidad y la posterior golpiza que sufrió una madre con su hijo en brazos, video que fue difundido ampliamente por las redes sociales.

La Corte de Apelaciones constató que los hechos denunciados fueron arbitrarios e ilegales y constituyeron violaciones a los derechos constitucionales de los recurrentes y a las disposiciones consagradas en los instrumentos internacionales: Convención de los Derechos del Niño, artículo 3 y artículo 3.2 del Convenio 169. En consecuencia, ordenó que se abstuviesen de efectuar actos que, como el particular, menoscaben los derechos de los niños en cuyo favor se recurrió.

f) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de julio de 2012.

El máximo tribunal confirmó la sentencia dictada el 5 de julio de 2012 por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, que acogió un recurso de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Pública en favor de siete comuneros del Lof Wente Winkul Mapu, entre ellos, un anciano y dos menores de edad. La sentencia comporta un avance en dos ámbitos: por una parte, dispone que debe reconocerse y respetarse sus arraigadas costumbres, en especial con relación a su pertenencia racial y territorial, y, por otra, establece que la actuación de la Policía, en lo que tiene que ver con los comuneros accionantes, excedió el marco de lo aceptable, afectando derechos y garantías de terceros, aunque estos se hubieran opuesto indebidamente al accionar de la fuerza pública.

55 Rol: 127 – 2012.

5. CASO GABRIELA BLAS BLAS

El caso de Gabriela Blas Blas contiene diversas vulneraciones al debido proceso y estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas.

En julio de 2007, Gabriela Blas, pastora aymara, extravió a su hijo de tres años DEB mientras realizaba labores de pastoreo de acuerdo a la costumbre ancestral aymara. Tras darse cuenta de su extravío, inició su búsqueda. Al día siguiente, no habiendo obtenido resultados, decidió informar a Carabineros de lo sucedido. Desde ese momento y durante los próximos siete días, Gabriela Blas fue mantenida en condiciones de detención arbitraria e ilegal, y dijo haber sido sometida a apremios ilegítimos constitutivos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Posteriormente, fue trasladada a la ciudad de Arica, donde se efectuó su control de detención, quedando en prisión preventiva, situación que se prolongó por tres años, una de las más largas en Chile desde la Reforma Procesal Penal. Luego de dos juicios orales, habiéndose anulado el primero por la Corte de Apelaciones de Arica por vulneración de garantías judiciales, y en circunstancias que el cuerpo del menor fue encontrado sin vida, sin ningún rastro que permitiera atribuir su muerte a la acción de terceros, Gabriela Blas fue condenada a 12 años de privación de libertad por el delito de abandono de menor con resultado de muerte. La sentencia condenatoria se basa en una visión urbana y occidental de cuál debiera constituir la conducta esperable de una madre, sin consideración de las circunstancias culturales propias de Gabriela Blas, en cuanto pastora aymara⁵⁶.

En el caso de Gabriela Blas se produjeron diversas violaciones a los estándares internacionales sobre debido proceso, a saber: la falta de entrega de información sobre su condición de detenida y de sus derechos, la obtención de pruebas sin orden de un Fiscal o judicial y mediante sometimiento a tratos crueles inhumanos y degradantes, la prisión preventiva sin fundamento suficiente, y la vulneración a de los artículos 8 y 9 del Convenio 169, que obligan al Estado a considerar especialmente la costumbre indígena y a facilitar los medios suficientes para un eficaz acceso a la justicia.

La abogada Catalina Lagos afirmó que la sola persecución penal de Gabriela Blas por el delito de abandono evidencia ya un acto discriminatorio en el sentido clásico, por cuanto se la trata de manera diferente al resto de la población en su situación, sin que exista una justificación razonable para ello. En Chile se presentan cerca de 3.000 denuncias por pérdida de personas al año, de las cuales alrededor de un 20%

⁵⁶ Información proporcionada por Catalina Lagos Tschorne, Abogada de Corporación Humanas.

nunca son resueltas, sin que existan acusaciones por el delito de abandono en tales casos. Finalmente, el 29 de mayo de 2012 Gabriela Blas fue beneficiada con un Indulto Particular por parte del Presidente de la República, consistente en la rebaja de la pena de 12 años de presidio a 6. El Decreto reconoce, aunque parcialmente, la vulneración persistente de sus derechos. Posteriormente, en virtud de la Ley 20.588, resultó beneficiaria de un indulto general a partir del 9 de junio de 2012, sin perjuicio de haber quedado sometida a medidas de control penitenciario consistentes en 2 años y medio de firma mensual.⁵⁷ Actualmente, su caso está en trámite ante la CIDH⁵⁸.

RECOMENDACIONES

En atención a los diversos temas planteados en este capítulo, se recomienda:

1. Derogar el Decreto Supremo 124 que reglamenta el artículo 34 de la Ley Indígena y avanzar en la fijación de criterios acordes con los estándares internacionales de derechos humanos, tanto en el ámbito de la consulta como de la participación indígena. Los estándares deberán tener autonomía respecto de normas internas con niveles inferiores al exigido internacionalmente en estas materias.
2. Avanzar hacia la fijación de una jurisprudencia administrativa y judicial que refleje de manera sistemática los estándares internacionales, en la medida en que leyes y reglamentos no sean suficientes para concretar la solución de casos difíciles.
3. Unificar la jurisprudencia relativa al derecho de consulta al interior de las altas cortes.
4. Adecuar la legislación antiterrorista a los estándares internacionales, en especial en lo que se refiere a su definición y el debido proceso.
5. Investigar, sancionar y reparar de manera adecuada las violaciones a los derechos humanos sufridas por niños, niñas, mujeres, ancianos y la comunidad mapuche en general, a causa de la actuación de miembros de la fuerza pública.

57 Corporación Humanas: "Condenada originalmente a 12 años de cárcel: Conceden indulto presidencial a pastora aymara Gabriela Blas", 31 de mayo de 2012, www.humanas.cl

58 El Observatorio Ciudadano y Corporación Humanas, en representación de Gabriela Blas, interpusieron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra del Estado de Chile, por violación a derechos y garantías establecidas en las Convenciones Americana de Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer

