



**INFORME DE LA SOCIEDAD CIVIL DE CHILE AL COMITÉ PARA LA
ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL DE LAS NACIONES
UNIDAS CON MOTIVO DEL EXAMEN DE LOS INFORMES PERIÓDICOS 15°,
16° 17° Y 18° DEL ESTADO DE CHILE**

75th PERIODO DE SESSION

INDICE

I) Caracterización de las poblaciones sujetas a la discriminación racial

- a) Pueblos indígenas
- b) Inmigrantes

II) Marco normativo

- a) Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación
- b) Institucionalidad de derechos humanos
- c) Pueblos indígenas: Ley Indígena, Convenio 169 de la OIT, reforma constitucional
- d) Inmigrantes

- d.1) Trabajo
- d.2) Salud
- d.3) Educación

III) Casos de discriminación

- a) Propiedad y territorio
- b) Megaproyectos en territorios indígenas y discriminación racial
 - b.1.) Proyectos de inversión en el territorio del pueblo mapuche
 - b.2.) Megaproyectos en el territorio de los pueblos indígenas del norte del país
 - b.3.) Expansión de la amenaza geotérmica a territorios indígenas
 - b.4.) Código de conducta responsable sobre inversiones en tierras indígenas
- c) Justicia y violencia policial en contra del pueblo mapuche: criminalización, ley anti terrorista y trato discriminatorio
 - c.1.) Criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas en Chile y trato discriminatorio
 - c.2.) La Ley Antiterrorista y su aplicación en Chile
 - c.3.) Violencia policial
- d.) Derechos y participación política indígena en Chile
 - d.1) Situaciones específicas de discriminación racial de los mapuche en el ámbito político
- e) Matrimonio y salud intercultural
 - e.1) Matrimonio
 - e.2) Salud intercultural

RESUMEN EJECUTIVO

El presente Informe – preparado por organizaciones de la sociedad civil en el marco del examen de los informes periódicos 15º, 16º, 17º y 18º del Estado de Chile – da cuenta de situaciones de violación a los derechos humanos que ocurren en el país bajo los estándares de la Convención sobre Eliminación de la Discriminación Racial. El Informe pone énfasis en dos grupos vulnerables que son los que concentran episodios y situaciones estructurales de discriminación racial: pueblos indígenas e inmigrantes. Se analizan

En primer lugar (I), el Informe describe la situación general de los dos grupos a los que se refiere el análisis, para luego (II) examinar diversos puntos que interesan al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, entre los cuales se cuenta: el análisis del proyecto de ley contra la discriminación, la ausencia de institucionalidad sobre derechos humanos en Chile, las regulaciones que afectan a pueblos indígenas y desafíos de implementación del Convenio 169 de la OIT (aprobado en 2008); la situación de inmigrantes, con particular énfasis en derechos vinculados al trabajo, salud y educación.

En cuanto a lo primero, esto es, el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, observamos que Chile no solo carece de un estatuto que aborde este problema, sino además la tramitación legislativa del proyecto de ley ha ido despojando al proyecto inicial de importantes mecanismos tendientes a combatir la discriminación (racial y, desde luego, de otra índole). Del mismo modo, y de manera consistente con lo que han expuesto organizaciones no gubernamentales, centros académicos y organismos internacionales, destacamos la ausencia de una institucionalidad sobre derechos humanos robusta, que permita anticipar posibles conflictos y atender problemas concretos. Siguiendo con los temas de institucionalidad, y atendida la ratificación por parte del Estado del Convenio 169 de la OIT y los desafíos que ella impone, insistimos en la necesidad de atender las recomendaciones que se ha hecho por parte de organismos internacionales – entre ellos, el propio Relator Especial de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas— para dar fiel y cabal cumplimiento a las obligaciones que se siguen de dicho instrumento internacional. En este acápite se pone especial énfasis en la manera como los procesos de consulta comienzan a ser utilizados en importantes reformas legales y constitucionales sin que haya claridad acaso se cumplen los estándares internacionales en la materia. Por lo mismo, se formulan recomendaciones concretas para una adecuada implementación de dichos estándares.

En relación con el caso de los inmigrantes, atendido que Chile se ha convertido de manera creciente en un país receptor de trabajadores inmigrantes, el Informe analiza la necesidad de elaborar una política migratoria que tome en consideración el parecer de organizaciones de la sociedad civil que monitorean esta situación y que sea respetuosa de los derechos humanos. Llamamos la atención sobre la necesidad de proteger a aquellas personas con visa sujeta a contrato de trabajo; a las sanciones que deben imponerse en contra de empleadores que no respetan la normativa laboral que regula a trabajadores inmigrantes; la garantía y aseguramiento de los derechos a la salud y educación; y la importancia de establecer sistemas de capacitación a funcionarios estatales, entre otros temas.

En seguida (III), el grueso del Informe presenta casos de discriminación por motivos de raza, en relación con (i) el tratamiento que recibe la población indígena por parte del sistema de administración de justicia y (ii) en cuanto a los proyectos de inversión que se emplazan en territorios indígenas, algunos de los cuales han sido sometidos a consideración de este Comité como casos de racismo ambiental, y que tocan temas de recursos naturales y otros derechos de los pueblos indígenas. En estas materias, se observa que el órgano estatal competente –Corporación de Desarrollo Indígena (CONADI)—carece de los recursos suficientes para revisar e implementar una política de distribución de tierras que satisfaga las legítimas aspiraciones de los pueblos indígenas en Chile. En línea con lo anterior, el Informe se hace cargo de los casos de discriminación y afectación de derechos por proyectos de inversión, destacando la necesidad de adoptar fielmente las recomendaciones y directrices que desde el derecho internacional se formulan para estos casos. En esta materia, Chile ha venido adoptando una política que suele dar preferencia casi exclusiva a los proyectos en desmedro de los derechos de comunidades indígenas afectadas. Por ello, se hace imperativo que el Comité cuente con información exhaustiva y actualizada, en especial dado el escenario que abre la ratificación del Convenio 169 (y, antes, la Declaración Universal de Derechos de los pueblos Indígenas) en concordancia con la Convención contra la Discriminación Racial.

Posteriormente, el Informe analiza los casos y situaciones de violencia policial en contra de personas mapuche, así como la criminalización de la protesta social que grupos indígenas llevan adelante y la aplicación por parte de autoridades estatales de la legislación anti-terrorista, la cual no observa estándares mínimos de debido proceso y otras garantías vinculadas con el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Finalmente, el Informe que presentamos se hace cargo de los derechos de participación política de los indígenas en Chile. En este contexto, observamos con preocupación situaciones específicas de discriminación racial que afectan al pueblo mapuche, así como cuestiones vinculadas con derechos de interculturalidad que, en nuestra opinión, de ser atendidas debidamente por parte del Estado significaría avances concretos en la eliminación de la discriminación racial en Chile.

Los casos que este Informe relata dan cuenta de situaciones graves de vulneración de los derechos que este Comité cautela. La sociedad civil chilena ha venido en forma sistemática alertando y proponiendo recomendaciones al Estado para que las políticas que se adoptan estén en observancia con los estándares de la Convención, así como de otros instrumentos internacionales de protección. En razón del análisis que sigue en este Informe, las organizaciones de la sociedad civil que en colaboración hemos trabajado en él hacemos las siguientes recomendaciones:

*** Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación**

Recomendaciones:

- El Estado de Chile debe adoptar una legislación para prevenir, sancionar y eliminar la discriminación, disponiendo de una acción jurisdiccional especial para sancionar la discriminación.

Dicha legislación debe considerar los siguientes elementos:

- La definición de discriminación debe adecuarse a los estándares internacionales sobre la materia. En particular a la definición de discriminación contenida en el CERD Art. 1.1.
- Deben explicitarse las causales prohibidas e incorporarse a la definición de discriminación: la opción sexual y el origen nacional.
- Deben reestablecerse las medidas especiales de carácter temporal establecidas tanto el proyecto original (Mensaje Presidencial de 22 de marzo de 2005), en el texto aprobado por la Cámara de Diputados (octubre de 2005) y el proyecto aprobado en particular por la Comisión de Derechos Humanos del Senado en enero de 2007.
- Debe establecerse una acción especial de discriminación, con un procedimiento idóneo y efectivo para la tutela del derecho a la no discriminación.
- Deben establecerse reglas de prueba aliviada para demostrar la discriminación, conforme a la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

*** Institucionalidad de derechos humanos**

Recomendaciones:

- Chile debe adoptar una institucionalidad para la protección, promoción y defensa de los derechos humanos dotada de la debida autonomía e independencia, así como de amplias atribuciones para el cumplimiento de su mandato, en conformidad a los Principios de Paris. Especialmente debe considerarse la creación de Defensorías especializadas para la protección de los derechos de las mujeres, pueblos indígenas y migrantes.

*** Pueblos indígenas: Ley Indígena, Convenio 169 de la OIT, reforma constitucional**

Recomendaciones:

- Impulsar a la brevedad las adecuaciones a la normativa interna contradictoria con el Convenio N° 169 de la OIT, en particular aquella relativa a los derechos sobre los recursos naturales y al medio ambiente antes referida, de modo de adecuarlas a las disposiciones de este Convenio internacional, impulsando para ello procesos de consulta adecuados considerados en el artículo 6.1 a y 6.2 de dicho Convenio.
- En cuanto a la reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas y a sus derechos en discusión en el Congreso Nacional, impulsar a la brevedad un proceso de consulta con miras a determinar el sentido y alcance de esta reforma, proceso que se oriente por los lineamientos señalados por el Relator Especial de la ONU para los derechos indígenas, James Anaya, en abril pasado antes referido.

*** Inmigrantes**

Recomendaciones:

- Elaboración de una política migratoria en interlocución con las organizaciones de la sociedad civil concernida por la problemática, incluidas las organizaciones de la sociedad civil de los extranjeros en Chile.
- Necesidad de proteger a las trabajadoras con visa sujeta a contrato.
- Sancionar al empleador y no al trabajador/a inmigrante por el no respeto de la normativa laboral vigente, respecto del permiso de trabajo.
- Garantizar el derecho y acceso a la salud, educación y vivienda más allá del estatus jurídico de las personas.
- Crear mecanismos que permitan y faciliten la convalidación de títulos y homologación de estudios
- Revisión de los textos escolares que interpretan unilateralmente los acontecimientos históricos que implican a las comunidades nacionales presentes en el país.
- Elaboración de un programa de información y sensibilización de los funcionarios públicos que se relacionan con la población extranjera.

*** Propiedad y territorio**

Recomendaciones:

- Impulsar una revisión de la política pública hasta ahora desarrollada en materia de tierras indígenas por el Estado, teniendo presente para ello las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos (2007) y del Relator Especial James Anaya (2009) estableciendo un mecanismo efectivo para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales basados en la ocupación y uso tradicional, de acuerdo con las normas internacionales relevantes.
- Destinar a CONADI recursos suficientes de modo de hacer posible este objetivo.

*** Discriminación ambiental**

Recomendaciones:

Aterrizando los elementos fundamentales de la garantía de la no discriminación y del principio de igualdad al tema ambiental, la máxima es que los bienes y cargas ambientales sean distribuidos de forma equitativa y proporcional a nivel social y geográfico.

Lo anterior, en términos concretos, importaría la consideración de alguna de las siguientes recomendaciones:

- Adopción de una política ambiental que incorpore como ideas fuerza tanto el principio de igualdad como la garantía de no discriminación. Lo anterior debe tener implicancias nacionales, regionales y locales.
- Que el diseño y ejecución de toda política pública que tenga relevancia ambiental (es decir, cualquier política sectorial en materia de recursos naturales) incorpore, como variable a ser debidamente ponderada, la distribución de los impactos (positivos y negativos) medioambientales sobre una determinada comunidad (urbana o rural). Especial consideración habrá de tenerse cuando los impactos sean, directa o

indirectamente, asumidos por grupos de mayor vulnerabilidad social, tales como comunidades indígenas, personas en situación de pobreza o indigencia, comunidades campesinas, entre otros.

- Explicitación del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación en los distintos instrumentos de gestión ambiental contemplados en la Ley N° 19.300, en especial en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), de forma de que ambos elementos sean debidamente garantizados a lo largo de todo el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, muy especialmente, en toda Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

- Incorporación del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación en los instrumentos de planificación territorial contemplados en nuestro ordenamiento jurídico. En especial, que ambos elementos sean debidamente garantizados a lo largo de todo el proceso de elaboración de los planes reguladores comunales e intercomunales.

- Establecimiento de instancias participativas donde las comunidades afectadas, en un plano de igualdad, puedan participar efectivamente de los procesos de toma de decisiones, de forma de ejercer una incidencia real en la decisión final. El espectro participativo también se extiende al diseño de planes, programas, políticas y regulaciones de carácter ambiental.

- En el caso de discriminaciones ambientales ya existentes, el Estado de Chile, en concordancia con el principio de igualdad, debe adoptar disposiciones positivas para morigerar o eliminar las condiciones que originan o facilitan la perpetuación de la discriminación prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹. Tales medidas pueden llegar incluso a traducirse en el otorgamiento de un trato privilegiado, de carácter temporal, a aquel sector de la sociedad que es o fue objeto de la discriminación ambiental².

*** Megaproyectos en territorios indígenas y discriminación racial**

Recomendaciones:

- Poner fin a la situación de discriminación racial implícita que afecta a los pueblos indígenas en Chile y que está determinada por la autorización por parte del Estado a la ejecución de mega proyectos de inversión extractivos y productivos en tierras y territorios de pueblos indígenas, en abierta violación de sus derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre derechos de pueblos indígenas, y con grave perjuicio para la integridad material y cultural de sus comunidades.

- Impulsar para ello una política que considere entre otros derechos reconocidos a los pueblos indígenas en estos instrumentos internacionales:

- El derecho a la indemnización equitativa por los daños ocasionados a los pueblos por los proyectos de inversión ya ejecutados o en ejecución en sus tierras y territorios (artículo 15. 2 Convenio 169 de la OIT)

- La demarcación de sus tierras, territorios en forma previa a la autorización de nuevos proyectos de inversión en ellos;

¹ Comité de Derechos Humanos, 37° período de sesiones (1989), Observación General N° 18, párrafo 10.

² *Ibid*

- El impulso a una política que considere el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado antes de la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con "...el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo." (Artículo 32.2 Declaración de la ONU).
- El derecho a la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que generen las actividades de exploración y explotación que se desarrollen en sus tierras, territorios y recursos (artículo 15. 2 Convenio 169 de la OIT)
- Además, se recomienda al Estado chileno que, en orden a respetar el derecho a la libertad religiosa de los pueblos indígenas, considere a cabalidad el sentido del concepto "territorio" según norma el Art. 13 del Convenio 169, incluyéndose por tanto sus espacios ceremoniales tradicionales, de manera que en la dirección de las políticas públicas se tomen en cuenta las posibles vulneraciones que a este respecto pueden ser víctimas los pueblos indígenas.

*** Justicia**

Recomendaciones:

- Garantizar el ingreso de cualquier autoridad judicial, sin permiso previo, para la fiscalización de los recintos penitenciarios, aumentando la frecuencia de las visitas.
 - Permitir el ingreso de organizaciones de la sociedad civil (que den muestras de seriedad e independencia) que puedan colaborar en el control del cumplimiento de los derechos humanos al interior de las cárceles.
 - Reformar la justicia militar, para limitar al máximo la competencia material y personal de los tribunales militares, de modo que ningún civil pueda ser juzgado por éstos.
 - Limitar la justicia militar a los delitos propios de la función militar, que afectan bienes jurídicos especiales.
 - Reformar de manera estructural el Código de justicia militar, que actualmente impide que un delito de tortura tenga probabilidades de ser investigado y juzgado adecuadamente.
 - Adecuar el Código Penal a los estándares internacionales de derechos humanos.
- En relación con la aplicación de la Ley Antiterrorista, consideramos pertinente que el Comité tenga presente las recomendaciones realizadas sobre la materia por distintas entidades de Naciones Unidas en los últimos años, las que mantienen plenamente su vigencia. De especial importancia nos parecen las recomendaciones formuladas por el Relator Especial sobre situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, en su informe de misión a Chile el 2003:

"69. Bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas.

70. No deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos ('amenaza terrorista', 'asociación delictuosa') a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas."

- Igualmente relevantes son las observaciones finales sobre Chile del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2004:

“34. El Comité recomienda al Estado Parte que no aplique leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (N° 12.927) y la Ley antiterrorista (N° 18.314), a actos relacionados con la lucha social por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas.”

- También hacemos nuestras las observaciones finales sobre Chile del Comité de Derechos Humanos de 2007:

“7. El Comité expresa su preocupación ante la definición de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista 18.314, que podría resultar demasiado amplia. Preocupa también al Comité que 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. (art. 2, 14 y 27 del Pacto).

El Estado parte debería 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.

El Estado parte debería:

b) Modificar la ley 18.314, ajustándola al artículo 27 del Pacto y revisar la legislación sectorial cuyo contenido pueda entrar en contradicción con los derechos enunciados en el Pacto.”

*** Violencia policial**

Recomendaciones:

Introducir reformas legislativas en relación al control de las actuaciones policiales, a objeto de generar un sistema de rendición de cuentas tanto interno como externo más efectivo y transparente de la labor policial, y de garantizar que su actuación se base en los lineamientos internacionales de derechos humanos, en particular en las directrices antes referidas establecidas por Naciones Unidas para estos efectos. Se propone que tales lineamientos pasen a formar parte del código de ética de las instituciones policiales. Entre los aspectos centrales que esta reforma debe considerar para garantizar una adecuada rendición de cuentas internas cabe destacar:

- Establecer una cadena de mando claramente definida al interior de las instituciones policiales y un sistema de supervisión efectiva para mantener la disciplina, el control, y prevenir la impunidad, evitando de este modo la violación de derechos humanos.

- Establecer procedimientos para la presentación de informes por parte de funcionarios/as policiales que den cuenta de acciones tales como arrestos y detenciones, registro y uso de la fuerza o de armas de fuego.
- Establecer mecanismos para la recepción y tramitación de denuncias por parte de la población civil por la violación de derechos humanos por agentes policiales.
- Establecer procedimientos disciplinarios rigurosos e imparciales relativos a las infracciones de carácter leve cometidas por funcionarios/as policiales en el ejercicio de sus funciones, incluyendo la violación de derechos humanos por hechos no constitutivos de delito. Dichos procedimientos deben ser transparentes, garantizando el acceso público a sus resultados.

Mientras tales reformas legislativas no sean aprobadas, se propone el impulso de reformas de carácter administrativo orientadas a promover que los órganos de los que dependen las entidades policiales impulsen un actuar policial centrado en la protección y respeto de los derechos humanos. Para ello se propone el impulso de políticas públicas que promuevan entidades policiales que:

- Sean receptivas a las comunidades que sirven y que rindan cuenta ante ella;
- Sean representativas de las comunidades a las que sirven y sensibles a las necesidades de los grupos vulnerables;
- Combinen eficacia y legitimidad;
- Garanticen la realización de las funciones policiales básicas, esto es, prevenir y detectar el delito, mantener el orden público, y prestación de servicio a la población;
- Trabajen de conformidad a la ley, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, y utilice medidas proporcionales para los fines que persiguen.
- Crear en las instituciones de Carabineros y Policía de Investigaciones los mecanismos para la recepción de denuncias relativas a hechos de violencia en contra de la población que les son imputables, estableciendo puntos de denuncia accesibles desde todas las regiones del país, así como de un sistema de recepción telefónica y a través de internet para facilitar su presentación.
- Publicar los resultados de las investigaciones desarrolladas en base a estas denuncias, así como de las medidas adoptadas a través de los mecanismos de control interno de las instituciones policiales.
- Impulsar acciones por parte del Estado orientadas a hacerse parte en la persecución de los delitos graves cometidos por agentes policiales en el desarrollo de sus funciones afectando a la población civil.

*** Derechos y participación política indígena**

Recomendaciones:

- Reponer – a lo menos en el sentido de las Recomendaciones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato y en consulta con las organizaciones mapuche– el Proyecto de Reforma al Sistema Electoral presentado al Congreso en 2006, de tal modo de *integrar medidas afirmativas* que favorezcan la organización política y la representación de los mapuche en los órganos electivos de decisión política a nivel nacional, regional y municipal.

- Acoger, como criterios bases para el desarrollo de procesos de consulta al pueblo mapuche sobre medidas especiales respecto de su derecho a la participación política, *los principios normativos y la doctrina internacional aplicable a los procesos de consulta*, que el Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, Profesor James Anaya, reseñara con ocasión de la Consulta Nacional a los Pueblos Indígenas sobre Reconocimiento Constitucional.
- Impulsar, en cooperación con las organizaciones mapuche interesadas, un encuentro internacional sobre *buenas prácticas* respecto del ejercicio del derecho a la participación política por parte de los pueblos indígenas.

*** Libertad de conciencia y de culto**

Recomendación:

- Se recomienda al Estado chileno que, en orden a respetar el derecho a la libertad religiosa de los pueblos indígenas, considere a cabalidad el sentido del concepto “territorio” según norma el Art. 13 del Convenio 169, incluyéndose por tanto sus espacios ceremoniales tradicionales, de manera que en la dirección de las políticas públicas se tomen en cuenta las posibles vulneraciones que a este respecto pueden ser víctimas los pueblos indígenas.

*** Matrimonio**

Recomendación:

- Se recomienda al Estado chileno el adecuar la normativa relativa a la celebración del matrimonio civil, de forma tal que permita otorgar validez jurídica a los ritos matrimoniales propios de los pueblos indígenas.

*** Salud intercultural**

Recomendaciones:

- Se recomienda al Estado chileno replantear completamente las políticas de salud intercultural, lo que va desde una profundización de la validación cultural en los biomédicos que trabajan en las zonas donde se desarrolle el programa, a la comprensión del fenómeno de la “salud” dentro de los marcos de dificultades económicas y políticas que enfrentan los pueblos indígenas, y al consecuente involucramiento de ellos en la diagramación de las políticas de salud.

Introducción

El presente informe intentará dar cuenta de la situación del cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por parte del Estado de Chile. El informe contiene una descripción de los sectores de la población que a nuestro juicio son objeto de discriminación racial en el país. Luego hace un análisis crítico del marco normativo actualmente vigente que determina y regula distintas materias referidas a los grupos susceptibles de discriminación racial en Chile. También analiza las iniciativas de reforma al ordenamiento jurídico hoy en discusión en torno a esta materia. Finalmente, se hace una revisión de situaciones y casos específicos de discriminación racial como consecuencia de una acción u omisión estatal, en los que el derecho a la igualdad ante la ley se ha visto vulnerado en razón de la diferencia étnica y racial.

I) Caracterización de las poblaciones sujetas a la discriminación racial

a) Pueblos indígenas - Situación general

La población que se auto identifica como perteneciente a un pueblo indígena en el país alcanza a 1.060.786 personas, lo que equivale a 6,6% de la población del país. La mayor parte de ella corresponde al pueblo mapuche (87,2%), que habita en la zona centro sur del país. El resto de la población indígena se auto identifica como perteneciente al pueblo aymara (7,8%), atacameño o lickanantay (2,8%), diaguita (0,8%), quechua (0,6%), colla (0,3%), rapa nui (0,2%), kawéskar (0,2%) y yagán (0,1%). La población indígena que reside en las zonas urbanas alcanza al 69,4%. Un 27,1% de la misma población reside en la región metropolitana de Santiago³.

Los pueblos indígenas en Chile son objeto de diversas formas de discriminación en razón de su origen étnico. Una de las manifestaciones de dicha discriminación es la exclusión política, la que se evidencia en la ausencia de representantes indígenas en cargos electivos en el Congreso Nacional y en su sub representación en los gobiernos regionales y comunales en relación a su población. Los indígenas están sub representados también en otras instancias del poder público en Chile, como son el ejecutivo, el poder judicial, y las fuerzas armadas en cargos de autoridad. Otra evidente manifestación de esta discriminación es aquella de carácter económico-social, la que es reconocida por estadísticas oficiales más recientes, tales como la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional Casen 2006, y es constatada por último el Informe periódico presentado por el Estado de Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial el 2008. En efecto, de acuerdo a dicha encuesta al 2006 el 19% de la población indígena vive bajo la línea de pobreza en contraste con el 13,7% de la población no indígena. Los ingresos de la población indígena tanto urbana como rural son inferiores a los de la población no indígena. Así en el primer caso mientras estos alcanzan a USD 904 mensuales para los indígenas, los mismos llegan a USD 1.245 mensuales para los no indígenas. En el segundo caso, en tanto alcanzan a USD 486 y USD 758 respectivamente.

³ Gobierno de Chile, Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional Casen 2006, disponible en <http://www.mideplan.cl/final/categoria.php?secid=25&catid=124>

La tasa de analfabetismo llega a 6.8% en la población indígena en contraste con el 3.7 % para la población no indígena. La escolaridad entre la población indígena llegaba al mismo año a 8.7 años promedio en contraste con el 10.3 años para la población no indígena. La brecha educativa aumenta si se considera el acceso a la educación superior, el que alcanzaba a solo un 16.6% para la población indígena en contraste con el 28.2% para la población no indígena. En cuanto a la vivienda, solo el 70.8% de la población indígena cuenta con viviendas aceptables, en contraste con el 77.4% de la población no indígena. La misma brecha es perceptible en el caso del saneamiento de las viviendas, cuyos niveles alcanzan al 73.1% en el caso indígena, y a 92.4% en el caso de los no indígenas⁴.

b) Población inmigrante - Situación general

Aún cuando no toda la población inmigrante es objeto de discriminación racial, se incluye aquí una caracterización de esta. Ello en atención a los elevados porcentajes de población indígena y afro descendiente existente entre los y las inmigrantes que llegan a Chile, lo que determina, de acuerdo a la evidencia que se entrega, que ellos sean víctimas de una abierta discriminación racial.

Chile se está convirtiendo en un país receptor a nivel regional y extra-regional. A pesar de que históricamente tiene una tradición de país expulsor tanto de refugiados como de exiliados durante las décadas de los setenta y ochos. En la década de los noventa esta tendencia comienza a revertirse, a propósito del inicio del proceso de reestablecimiento democrático. En el ámbito económico, esta década se caracteriza por la consolidación del modelo económico y por un alto ritmo de crecimiento que contribuye a dar una estabilidad macroeconómica, política y social al país. Es esta imagen la que da lugar a que Chile se constituya en un nuevo destino para los/as emigrantes de la región y en especial a aquellos/as originarios/as de países como Perú, Ecuador, Colombia y Argentina.

En términos comparativos, entre 1992 y el 2002 se advierte un incremento de la población extranjera. Es así como en el censo 1992 la población extranjera representaba un 0.86% del total de la población chilena y en el censo del 2002 ésta corresponde al 1.22%, 184.464 personas. Es evidente que la proporción de extranjeros/as respecto de la población total poco o nada tiene que ver con los estándares de los países europeos. Sin embargo, el incremento que ha tenido esta población en la última década ha sido del 75.56%, lo que unido a la información entregada por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior de Chile indica una tendencia constante y creciente al aumento de la población extranjera residente en Chile

El censo de 1992 y el del 2002 muestra que la población extranjera femenina supera la población extranjera masculina en un 0.3%; y en un 4.46% respectivamente.

En Chile la población de extranjeros/as está fundamentalmente compuesta por miembros de la Comunidad Andina⁵ y del MERCOSUR⁶, representando, de acuerdo a los datos

⁴ *Ibid*

⁵ Compuesta por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

censales del 2002, el 67.84% del total de población extranjera. Estos grupos, están compuestos principalmente por mujeres. La población extranjera femenina proveniente de la Comunidad Andina es del 57.62% del total de población extranjera residente en Chile y la población extranjera femenina del MERCOSUR es el 51.08% respectivamente. Por otra parte, el conjunto de estas poblaciones femeninas representa el 36.82% del total de población extranjera en Chile. Es decir, sólo el 15.41% son mujeres provenientes de otros destinos⁷.

Dentro de la población extranjera femenina residente en Chile, es significativa la presencia de argentinas 24.104, que representan el 50% de la migración de ese país; peruanas 22.807, que son el 60,2% del total de peruanos en Chile; bolivianas 5.936 (54,4%); ecuatorianas 5,144 (54,8%); brasileñas 3.720 (54%); colombianas 2.252 (55%) y venezolanas 2.237 (51,6%). Por lo anterior es necesario considerar adecuadamente la situación de una migración intra-regional feminizada. Ahora bien, es necesario considerar que los censos de población no son el instrumento más idóneo para cuantificar el fenómeno migratorio y proyectar su crecimiento, ya que éste es permeable a factores económicos, sociales y políticos. Un ejemplo de ello es la sobre-representación de las y los argentinos que se explica por la crisis económica que vivía ese país. Se estima que buena parte de esa población retornó a su país de origen y que actualmente dentro de la migración intra-regional, la migración peruana es mayoritaria. Igualmente, es importante destacar el crecimiento de la migración colombiana

El proceso migratorio regularizado o conforme a derecho en Chile se inicia generalmente mediante una visa de residencia temporaria por vínculo con chileno, sujeta a contrato de trabajo o de estudiante, entre otras. En el caso de visa temporaria por vínculo con chileno, luego de un año es posible solicitar la permanencia definitiva, en el caso de visa sujeta a contrato luego de dos años, y en el caso de visa de estudiante, al culminar los estudios⁸. Es importante además aclarar que la visa sujeta a contrato se expide por el término del contrato de trabajo siempre que éste sea inferior o igual a un año, si es a término indefinido o mayor a un año, la visa se expide por un año.

El año 2003⁹ el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior señala que fueron entregadas un total de 29.835 visas, específicamente 12.851 visas a inmigrantes peruanos (351 estudiante, 9630 sujeta a contrato, 2.870 temporaria) 1.968 a ecuatorianos (187 estudiante, 922 sujeta a contrato, 859 temporaria) 4.942 a argentinos (83 estudiante, 1.991 sujeta a contrato, 2.887 temporaria). La misma fuente señala, que para el mismo período de un total de 8537 permanencias definitivas de extranjeros en Chile; 3.000 son peruanos (36%), 984 ecuatorianos (12%), 801 argentinos (9%), 420 colombianos (5%), 382 estadounidenses (4%), 378 bolivianos (4%), 372 cubanos (4%), 265 españoles (3%), 221 chinos (3%), 180 brasileños (2%), y otros (18%).

⁶ Compuesto por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, y como Estados asociados: Bolivia, Chile, Perú, Colombia y Venezuela.

⁷ Censo 2002

⁸ Decreto Ley N°1094 de 1975 y Decreto Supremo N°597 de 1984.

⁹ Zavala, Ximena; Rojas, Claudia. Globalización, procesos migratorios y Estado in "Migraciones, Globalización y Género". Programa Mujeres y Movimientos Sociales en el marco de los procesos de integración regional en América Latina, Fundación Heinrich Böll. Buenos Aires, Diciembre 2005.

Para el año 2004, fueron entregadas un total de 32.099 visas, específicamente 15.644 visas a inmigrantes peruanos (440 estudiante, 11.590 sujeta a contrato, 3.614 temporaria), 4.309 a argentinos (81 estudiante, 1.324 sujeta a contrato, 2904 temporaria) 1.124 a colombianos (130 estudiante, 427 sujeta a contrato, 567 temporaria). El total de permanencias definitivas de extranjeros registradas en el país aumentó a 12.545 personas, además en la distribución por nacionalidades se observan algunos cambios; 4.651 son peruanos (38%), 1.922 argentinos (15%), 564 colombianos (4%), 554 bolivianos (4%), 416 estadounidenses (3%), 408 chinos (3%), 287 españoles (2%), 273 brasileños (2%), 207 franceses (2%), 191 uruguayos (2%), y otros (25%)¹⁰.

En el 2005, el Departamento de Migración y Extranjería otorgó un total de 38.149 visas, lo cual constituye un aumento del 18% en relación al año anterior. Entre éstas se destacan: 19.954 visas a inmigrantes peruanos (571 estudiante, 15.300 sujeta a contrato, 4.070 temporaria, otras 13), 4.085 a argentinos (35 estudiante, 190 sujeta a contrato, 3852 temporaria, otras 8), 1.906 ecuatorianos (207 estudiante, 806 sujeta a contrato, 893 temporaria, otras 7), 1.674 colombianos (126 estudiante, 693 sujeta a contrato, 854 temporaria, otras 1), 1.612 bolivianos (228 estudiante, 929 sujeta a contrato, 447 temporaria, otras 8). El total de permanencias definitivas de extranjeros registradas en el país se mantuvo en aumentó a 12.038 personas, con algunos cambios; 4.703 son peruanos (39%), 1.902 argentinos (15,8%), 829 ecuatorianos, (6,9%), 457 colombianos (3,8%), 572 bolivianos (4,8%), 364 estadounidenses (3%), 385 chinos (3,2%), 236 españoles (2%), 284 brasileños (2,4%), 291 cubanos (2,4%), 280 uruguayos (2,3%), 200 venezolanos (1,6%)¹¹.

Durante el 2006 fueron entregadas un total de 48.522 visas, lo cual constituye un incremento del 27% con relación al año anterior. Dentro de las nacionalidades que se destacan por haber recibido más visas de inmigrante encontramos: 25.529 visas a inmigrantes peruanos las cuales también aumentaron en un 28% (453 estudiante, 19.836 sujeta a contrato, 4494 temporaria, otros 746), 2.814 a argentinos (32 estudiante, 57 sujeta a contrato, 2.340 temporaria, otros 76), 2112 a colombianos lo cual representa un aumento del 88% con relación al año anterior (143 estudiante, 1.027 sujeta a contrato, 910 temporaria, otros 32). No existe información disponible sobre permanencia definitiva para el año 2006.

En el año 2007, el Departamento de Migración y Extranjería otorgó 69,402 visas, sin contar las visas de dependientes¹². Esto constituye un incremento del 43%, el cual se explica parcialmente por el programa de regularización migratoria puesto en marcha durante el 2007-2008, al cual se hará referencia más adelante. Dentro de las nacionalidades que se destacan por haber recibido más visas de inmigrante encontramos: 48.362 visas a inmigrantes peruanos las cuales aumentaron en un 89% (392 estudiante, 22.700 sujeta a

¹⁰ Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. Estadísticas Migratorias disponible en: http://www.extranjeria.gov.cl/estadisticas_mig.html (visitado octubre 21, 2008).

¹¹ Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. Estadísticas Migratorias disponible en: http://www.extranjeria.gov.cl/estadisticas_mig.html (visitado octubre 21, 2008).

¹² Los dependientes son los hijos o cónyuges del solicitante de la visa que dependen económicamente del solicitante.

contrato, 25.270 temporaria), 1.267 a argentinos, lo cual representa una disminución del 55% con relación al año anterior (17 estudiante, 51 sujeta a contrato, 1.199 temporaria), 5.106 bolivianos (219 estudiante, 1.025 sujeta a contrato, 3.862 temporaria), 2.953 a colombianos lo cual representa un aumento del 88% con relación al año anterior (144 estudiante, 1.178 sujeta a contrato, 1.631 temporaria), 2604 ecuatorianos (180 estudiante, 755 sujeta a contrato, 1669 temporaria). No existe información disponible sobre permanencia definitiva para el año 2007.

A finales del 2007, el gobierno estableció un programa de regularización migratoria excepcional para las personas que se encontrarán en Chile antes de esa fecha, que fueran nacionales de: Perú, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Uruguay, Paraguay, Colombia, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala, México, Republica Dominicana, Cuba, Islas Caimán, y Haití independientemente de la forma en que hubieran ingresado al país. El programa les otorgó a estas personas residencia temporaria¹³. Como se aprecia en las estadísticas presentadas, el programa incidió de manera dramática en el número de visas otorgadas. Merece ser destacado como una forma de reconocer la situación de irregularidad de un número significativo de personas y la necesidad de resolverlo otorgándoles residencia temporaria para eliminar una de las mayores razones de su vulnerabilidad.

II) Marco normativo

Chile no ha cumplido con sus obligaciones internacionales en materia de desarrollo normativo. No existe una legislación general contra la discriminación, ni mucho menos especial contra la discriminación racial. Igualmente, no se ha desarrollado una institucionalidad de derechos humanos que cumpla funciones de promoción y protección de derechos, entre los cuales estaría la no discriminación, entre otras por motivos raciales o étnicos. Estas carencias se mantienen y constituyen un incumplimiento grave a la obligación de adecuación normativa a los estándares internacionales.

a) Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación

4. En sus observaciones finales previas, el Comité recomendó al Estado parte reformar su legislación de conformidad con el artículo 1 de la Convención. Sírvanse indicar que medidas están siendo tomadas para integrar en el derecho interno una definición de la discriminación racial conforme a la establecida en el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención.

13. El párrafo 102 del informe del Estado parte señala que no existen en el ordenamiento jurídico chileno “normas [...] que sancionen penalmente el racismo, la discriminación y la xenofobia”. Sírvanse indicar que medidas legislativas, administrativas y de otra índole están siendo tomadas, o planea el Estado parte tomar, para corregir esta situación y dar efecto a las disposiciones del artículo 4 de la Convención.

¹³ Resolución EX. N°36339, de octubre 21 de 2007, del Departamento de Migración de la Subsecretaría del Interior – Departamento de Extranjería y Migración (Ministerio del Interior de Chile)

Chile no cuenta con normas que desarrollen a nivel nacional las obligaciones derivadas de la CERD. En particular, no existe normativa constitucional ni legal que prohíba expresamente la discriminación racial, excepto por una débil mención en la Ley Indígena, al considerar como falta la “discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura”. La falta se sanciona con de uno a cinco ingresos mínimos mensuales¹⁴.

La ausencia de normas específicas en materia de discriminación racial, se extiende a otras formas de discriminación contra las cuales el desarrollo normativo en Chile es insuficiente. El 22 de marzo de 2005, el Ejecutivo presentó ante el Congreso Nacional una iniciativa de ley que establece medidas contra la discriminación cuyo objeto es “prevenir y eliminar toda discriminación arbitraria contra cualquier persona o grupo de personas”, el proyecto también incluía la posibilidad de establecer medidas de discriminación positiva para personas y grupos desfavorecidos¹⁵. El proyecto original contaba con 11 artículos, de los cuales 6 regulaban los aspectos centrales, es decir definición del concepto de discriminación, consagración del deber y obligaciones del Estado (medidas afirmativas), y el establecimiento de una acción especial para la exigibilidad de este derecho. Los restantes artículos se referían a modificaciones a otros cuerpos legales (artículos 7 a 11).¹⁶

Los contenidos básicos del proyecto son los siguientes: el deber del Estado de elaborar políticas y arbitrar acciones para garantizar la no discriminación en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales; la definición del concepto de discriminación arbitraria; la creación de una acción general de cautela frente a acciones u omisiones que impliquen una discriminación arbitraria; y el establecimiento de una agravante de la responsabilidad penal en aquellos casos en que la comisión del acto delictivo estuviere motivado por la discriminación¹⁷.

El proyecto define discriminación arbitraria de la siguiente manera:

Artículo 3°.- Para efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual.

¹⁴ República de Chile, Ley 19.253, Septiembre 28, 1993, artículo 8.

¹⁵ Artículos 1 y 2 del proyecto original, Boletín 3815-07. Mensaje de S.E. El Presidente de la Republica con el que Inicia un Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra La Discriminación, Boletín 3815-07, en línea, disponible en <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=4005&prmTIPO=INICIATIVA>, consultado el 30 de junio de 2009

¹⁶ Mensaje Presidencial N° 315-352, 22 de marzo de 2005.

¹⁷ Mensaje de S.E. El Presidente de la Republica con el que Inicia un Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra La Discriminación, Boletín 3815-07, en línea, disponible en <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=4005&prmTIPO=INICIATIVA>, consultado el 30 de junio de 2009, pp. 5-10.

El proyecto recoge algunas de las modalidades de discriminación (distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias) establecidas en la CERD y menciona veinte criterios de discriminación, entre los que se encuentran la raza, el color y el origen étnico, pero se omite el linaje y origen nacional. Se incluyen situaciones análogas para establecer indubitadamente su inclusión¹⁸. No obstante, el catálogo es abierto pues permite considerar “*cualquiera otra condición social o individual*”¹⁹. De acuerdo al proyecto, la discriminación arbitraria no requiere de la concurrencia de daño para configurar una figura merecedora de reproche jurídico ni la ilegalidad de la conducta denunciada, sino sólo su arbitrariedad.

La propuesta incluye dentro de los motivos de discriminación prohibidos “la raza o etnia”; sin embargo, la definición de discriminación no se ajusta a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile al ratificar la CERD y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, pues no refieren a la discriminación por objeto, o en la norma misma, y por resultado, sino solamente a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que “priven, perturben o amenacen” el ejercicio de derechos establecidos en la Constitución y tratados internacionales vigentes.

El proyecto legislativo elaborado por el gobierno incluía una acción general o especial eficaz para la protección del derecho a la no discriminación, con el propósito de subsanar su ausencia dentro del ordenamiento legal chileno²⁰. Se trataba de una denuncia conocida en primera instancia por la Corte de Apelaciones respectiva, en razón de su similitud con las acciones constitucionales de cautela (recurso de protección y de amparo), que son de su competencia. Es un procedimiento informal, sumarísimo e impulsado de oficio. Se otorgaba a la Corte una competencia específica amplia, que le permitía ordenar en la sentencia todas las medidas que considere pertinentes para restablecer el imperio del derecho, y, antes de ello, decretar orden de no innovar. Así mismo, podía declarar en la sentencia la procedencia de la indemnización, cuyo monto se discutía ante el juez de letras. También permitía establecer sanciones al funcionario o a la empresa privada cuando preste servicios de utilidad pública si rehusaren el suministro de un bien o servicio al que se tenga derecho. Como contrapeso, la Corte podía declarar infundada la pretensión y hacer responsable al actor de los perjuicios.

El 18 de Mayo de 2005, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara aprobó en General la idea de legislar, pero eliminó todo lo referido a la acción especial de discriminación, la cual fue repuesta por vía de indicación en la discusión en la Sala²¹. Esta cuestión fue objeto de controversia a lo largo de la tramitación del proyecto, aunque las

18 Por ejemplo se menciona la raza y color y el sexo, género y orientación sexual.

19 De hecho, en las modificaciones que ha tenido el proyecto en su tramitación se ha incluido la cuestión de la nacionalidad como elemento configurador de una discriminación antijurídica.

20 Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra La Discriminación, Boletín 3815-07, en línea, disponible en <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=4005&prmTIPO=INICIATIVA>, consultado el 30 de junio de 2009, pp. 3-5.

21 CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislatura 353ª ordinaria, en línea, disponible en internet, <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=7161&prmTIPO=BOLETINOFICIAL>, consultado el 30 de junio de 2009, pp. 36s

posiciones fueron inclinándose en favor del gobierno, lo que se manifestó en la postura de la Corte Suprema, que pasó del rechazo a la aprobación en función de esta cuestión²².

Finalmente, en relación con la acción especial instaurada, se acogió la posibilidad de deducir una acción cuando se produzca una discriminación arbitraria, estableciendo un plazo de 30 días para alegarlo. Plazo que por lo demás corresponde a la iniciativa más moderada que fue presentada. La estrechez del tiempo establecido para recurrir, se constituye en este caso, en una barrera de entrada para la exigibilidad del derecho, toda vez que los actos de discriminación son de difícil prueba y un plazo muy corto desinhibe a las víctimas o las obliga a reaccionar muy rápido. Por lo demás, se mantiene la facultad de la Corte de aplicar sanciones, pero pasa a los juzgados de letras ordinarios, la potestad de determinar indemnizaciones cuando proceda.

En el trámite legislativo se agregó un artículo 4° que señala las conductas que no se considerarán discriminatorias e introdujo modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza con el objeto de promover la no discriminación; a la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo y a la Ley N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales con el propósito de establecer la prohibición de discriminar a todo funcionario público (arts. 5°, 6° y 7°)²³.

Se modificó también la definición de discriminación arbitraria y sus criterios, suprimiendo la “*orientación sexual*” por “*condición sexual*”, entre otros cambios²⁴. Este proyecto fue

22 Inicialmente, la Corte Suprema, consultada en la tramitación del proyecto, señaló que el actual Recurso de Protección permite amparar situaciones en que una acción u omisión arbitraria o ilegal prive, perturbe o amenace el derecho a la igualdad ante la ley que además establece que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (19 N° 2 de la Constitución). Por esto se informó desfavorablemente el proyecto. La opinión disidente señaló que “*la iniciativa resultaría un complemento necesario al derecho constitucional de la igualdad ante la ley y la prohibición que se le impone a la ley o cualquiera autoridad para establecer diferencias arbitrarias*” (CORTE SUPREMA, Oficio N° 58, INFORME PROYECTO LEY 11-2005, Antecedente: Boletín N° 3815-07, Santiago, 3 de mayo de 2005, en línea, disponible en internet <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=9563&prmTIPO=OFICIOPLEY>, consultado el 30 de junio de 2009). Ante un segundo requerimiento, la Corte Suprema reiteró su informe negativo, agregando algunos alcances sobre defectos técnico-procesales que adolecía el nuevo texto sometido a su consideración. El oficio de la Corte Suprema puede consultarse en línea en <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=10419&prmTIPO=OFICIOPLEY>. En el segundo trámite constitucional, la Comisión de DDHH del Senado, hizo modificaciones al proyecto que ameritaron que la Corte Suprema cambiara su posición inicial señalando ahora que “[e]n lo sustancial se describe casuísticamente el marco legal de la tutela al derecho de no ser discriminado, complementando de este modo la garantía prevista en el N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Así el artículo 3° del proyecto entiende por discriminación arbitraria”. CORTE SUPREMA, Oficio N° 27 INFORME PROYECTO LEY 65-2006, Santiago, 23 de enero de 2007, en línea, disponible en internet, <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12146&prmTIPO=OFICIOPLEY>, consultado el 30 de junio de 2009.

23 PRIMER INFORME DE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANIA RECAIDO EN EL PROYECTO QUE ESTABLECE MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, en línea, disponible en internet <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=8424&prmTIPO=INFORMEPLY>, consultado el 30 de junio de 2009, p. 36.

24 El texto del artículo 3° quedó redactado de la siguiente manera: “*Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación arbitraria toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria*”

aprobado en Sala el 21 de junio de 2005, salvo su artículo 5° relativo a la prohibición de discriminar en los establecimientos educacionales, que no alcanzó el quórum necesario para su aprobación.

Dentro de los mecanismos institucionales para enfrentar la discriminación, el proyecto originalmente planteaba medidas de acción afirmativa de carácter temporal así como una acción jurisdiccional especial frente a la discriminación.

El proyecto fue aprobado en la Cámara en 5 de octubre de 2005, pasando de esta manera al segundo trámite constitucional²⁵, donde fue aprobada por unanimidad la idea de legislar en la respectiva Comisión de Derechos Humanos y posteriormente en la Sala²⁶.

El día 11 de septiembre de 2007, la Sala del Senado acordó reenviar el proyecto a la comisiones de Derechos Humanos para que evacuen un informe complementario y a la Constitución, Legislación y Justicia para que informe. En el segundo informe se agregó que las distinciones que las entidades religiosas realizan en función del ejercicio de su culto no se considerarán como arbitrarias²⁷. Desde octubre de ese año, el proyecto se encuentra ante el Senado, en su segundo trámite constitucional, y no se han logrado aunar las voluntades políticas transversales que permitan su aprobación. A lo largo de su tramitación, ha sufrido adiciones, sustituciones y modificaciones. Entre ellas, puede ser de interés de este Comité la que incluyó un segundo inciso al artículo que define la discriminación arbitraria que establece que las distinciones que las entidades religiosas realizan en función del ejercicio de su culto no se considerarán como arbitrarias²⁸. El texto dice:

fundada en cuestiones de raza, xenofobia, religión o creencias, origen nacional, cultural o socio económico, la verdadera o supuesta pertenencia o no pertenencia una etnia o raza determinada, en una enfermedad o discapacidad, apariencia, lugar de residencia, por el sexo o condición sexual, descendencia, edad, opinión política o cualquiera otra condición social o individual y cuyo fin o efecto sea la abolición o menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos esenciales a toda persona humana.” El concepto de “orientación sexual” fue repuesto por votación en Sala tras la indicación emanada de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislatura 353ª ordinaria, Sesión 48° del miércoles 5 de octubre de 2005, en línea, disponible en internet, <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=7820&prmTIPO=BOLETINOFICIAL>, consultado el 30 de junio de 2009, pp. 36s. .

25 CÁMARA DE DIPUTADOS, Legislatura 353ª ordinaria, Sesión 48°...

26 INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA DEL SENADO, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece medidas contra la discriminación, BOLETÍN N° 3.815-07, en línea, disponible en internet <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=9715&prmTIPO=INFORMEPLY>, p. 28.

27 El Ministro Viera-Gallo explicó la razón de esta indicación en función de que la cuestión del culto “*ha sido un motivo central de preocupación por parte de las iglesias, que se encontraban angustiadas ante la suposición que se verían limitadas en la propagación de sus credos, o en la manifestación de sus doctrinas*” (INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA DEL SENADO, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece medidas contra la discriminación, BOLETÍN N° 3.815-07, en línea, disponible en internet, <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11526&prmTIPO=INFORMEPLY>, p 11.)

28 El Ministro Viera-Gallo explicó la razón de esta indicación en función de que la cuestión del culto “*ha sido un motivo central de preocupación por parte de las iglesias, que se encontraban angustiadas ante la suposición que se verían limitadas en la propagación de sus credos, o en la manifestación de sus doctrinas*” (INFORME COMPLEMENTARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA DEL SENADO, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2° de la ley N° 19.638, las distinciones que las entidades religiosas realicen de acuerdo a las actividades mencionadas en los artículos 6° y 7° de la misma ley, no se considerarán arbitrarias²⁹.”

Como se ha descrito, en diversas ocasiones la iniciativa ha sido revisada por diversas comisiones legislativas, modificándose el texto de la misma lo que se ha traducido en una progresiva disminución de la protección que la iniciativa apunta a brindar frente a la discriminación.

Actualmente, el texto acordado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado en torno a la definición de discriminación, establece nuevos criterios de discriminación arbitraria, incluyendo la nacionalidad; y amplía el campo de aplicación de la norma tanto al Estado como los particulares. De esta forma, el proyecto legislativo se acerca más a la redacción del artículo pertinente de la CERD en cuanto señala el ejercicio de los derechos fundamentales como el bien jurídico protegido. El texto es el siguiente:

“Para los efectos de esta Ley, se entenderá por acto o conducta de discriminación arbitraria toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia, cometida por agentes del Estado o particulares, que prive, perturbe o amenace el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, en la ley, así como en los Tratados

establece medidas contra la discriminación, BOLETÍN N° 3.815-07, en línea, formato *pdf*, disponible en internet, <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11526&prmTIPO=INFORMEPLY>, p 11.)

29 Los artículos referidos señalan lo siguiente: “**Artículo 2°.-** Ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán estas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley.”; “**Artículo 6°.-** La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de: a) Profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba; b) Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos; c) Recibir asistencia religiosa de su propia confesión donde quiera que se encuentre. La forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros del culto, para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, cárceles y lugares de detención y en los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad, serán reguladas mediante (normas de carácter general) reglamentos que dictará el Presidente de la República, a través de los Ministros de Salud, de Justicia y de Defensa Nacional, respectivamente; d) Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí -y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado-, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y e) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con el ordenamiento jurídico general y con esta ley.”; “**Artículo 7°.-** En virtud de la libertad religiosa y de culto, se reconoce a las entidades religiosas plena autonomía para el desarrollo de sus fines propios y, entre otras, las siguientes facultades: a) Ejercer libremente su propio ministerio, practicar el culto, celebrar reuniones de carácter religioso y fundar y mantener lugares para esos fines; b) Establecer su propia organización interna y jerarquía; capacitar, nombrar, elegir y designar en cargos y jerarquías a las personas que correspondan y determinar sus denominaciones, y c) Enunciar, comunicar y difundir, de palabra, por escrito o por cualquier medio, su propio credo y manifestar su doctrina.”

Internacionales ratificados por Chile y que se encuentre vigentes, en particular cuando aquellas se encuentren fundados en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación económica, el lugar de residencia, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en asociaciones gremiales, el sexo, el género, la orientación sexual, el estado civil, la edad, la afiliación, la apariencia personal, la enfermedad o discapacidad.”

No obstante, es importante destacar que la nueva redacción es transitoria, pues puede todavía ser modificada sustancialmente en los trámites que restan antes de su eventual promulgación. Actualmente el Ejecutivo quitó la suma urgencia a la tramitación del proyecto³⁰.

El proyecto legislativo también incluye un agravante en materia penal cuando el motivo del delito es la discriminación.

21ª Cometer el delito por una motivación discriminatoria fundada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual.

Durante su tramitación, este artículo fue modificado y se incluyeron nuevas normas penales en el proyecto de Ley. Sin embargo, justamente son éstas las que han entrabado el acuerdo en la Comisión del Constitución, Legislación y Justicia del Senado para continuar su tramitación. El último texto aprobado es el que evacuó la Comisión de Derechos Humanos del Senado Informe complementario de su segundo informe el 11 de junio de 2008³¹. Este redujo el texto de la agravante de la responsabilidad penal a los siguientes términos:

“Artículo 9º.- Incorpórense al Código Penal las siguientes modificaciones:

1.- Agrégase en el artículo 12, el siguiente numeral:

21º: Cometer el delito fundado por motivo de discriminación arbitraria.”

Si bien esta redacción gana en simplicidad, pierde en cuanto no establece qué es “discriminación arbitraria” en materia penal, por lo que se hace necesario recurrir a otros textos legales para comprender el alcance de la disposición. Se trata de lo que la doctrina

30 El retiro de la urgencia simple se efectuó el 28 de abril de 2009 por mensaje 254-357. La tramitación completa del proyecto puede seguirse en línea en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4207&prmBL=3815-07

31 INFORME COMPLEMENTARIO DEL SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece medidas contra la discriminación, BOLETÍN N° 3.815-07, en línea, disponible en internet <http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=11526&prmTIPO=INFORMEPLY>, consultado en línea el 1 de julio de 2009.

denomina una *ley penal en blanco impropia*, en cuanto remite a otra ley para describir la conducta típica. El inciso 8° del artículo 19 N° 3 de la Constitución establece que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, por lo que se ha entendido que mientras la remisión que haga el precepto penal para completar la descripción típica sea a otra ley (y no una norma de inferior jerarquía) ésta será constitucional. De todos modos resulta más conveniente desde el punto de vista de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica, describir completamente el tipo en la norma penal.

El proyecto de ley aprobado además incorporó un nuevo párrafo al al Título III del Libro II del Código Penal que establece un nuevo tipo punible:

“§1 bis. De los delitos contra la igualdad de las personas, en dignidad y derechos.

Artículo 137 bis. El que promueva el odio u hostilidad en contra de una persona o un grupo de personas en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales.”

Si confrontamos la conducta típica descrita con la letra a) del artículo 4° de la Convención, se puede constatar que en la promoción de odio u hostilidad en razón de raza, sexo, religión o nacionalidad cabe tanto la “*difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial*”, “*la discriminación racial*”, la “*incitación a cometer tales actos [de violencia]*” racista o étnica y “*toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación*”. Sin embargo, resulta discutible que el tipo penal incluya los actos de violencia racista, los cuales quedarían subsumidos a otros tipos penales sujetos a la agravante que la misma ley agregaría al artículo 12 del Código Penal. Cabe señalar que la sanción establecida es una multa, por lo que se trata de una falta y no de un delito propiamente tal.

El proyecto de ley no incluye normas que declaren ilegales ni prohíban las organizaciones que promuevan la discriminación racial e inciten a ella ni reconoce que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley, como lo exige el artículo 4° letra b) de la Convención. Esto sin perjuicio de las multas a las que pueden quedar sujetos sus integrantes en cuanto realicen el tipo penal arriba descrito, delincan motivados por consideración de discriminación arbitraria.

El proyecto tampoco establece una norma específica que prohíba a las autoridades e instituciones públicas promover la discriminación racial o incitarla, sin perjuicio de las normas constitucionales, que interpretadas armónicamente, sí prohíben estas conductas³².

Desde el 28 de abril de 2009, fecha en que se retira la última urgencia establecida por el Ejecutivo, no hay nuevas discusiones.

32 Artículo 1° inciso 3 y 4, artículo 4°, artículo 5° inciso 2°, artículo 6° y 19 N° 1 inciso 1, N° 2, N° 3 inciso 1, N° 7 y N° 26 de la Constitución.

Recomendaciones:

- El Estado de Chile debe adoptar una legislación para prevenir, sancionar y eliminar la discriminación, disponiendo de una acción jurisdiccional especial para sancionar la discriminación.

Dicha legislación debe considerar los siguientes elementos:

- La definición de discriminación debe adecuarse a los estándares internacionales sobre la materia. En particular a la definición de discriminación contenida en la CERD Art. 1.1.
- Deben explicitarse las causales prohibidas e incorporarse a la definición de discriminación: la opción sexual y el origen nacional.
- Deben reestablecerse las medidas especiales de carácter temporal establecidas tanto el proyecto original (Mensaje Presidencial de 22 de marzo de 2005), en el texto aprobado por la Cámara de Diputados (octubre de 2005) y el proyecto aprobado en particular por la Comisión de Derechos Humanos del Senado en enero de 2007.
- Debe establecerse una acción especial de discriminación, con un procedimiento idóneo y efectivo para la tutela del derecho a la no discriminación.
- Deben establecerse reglas de prueba aliviada para demostrar la discriminación, conforme a la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

b) Institucionalidad de derechos humanos

3. ¿Que medidas están siendo tomadas por el Estado parte para agilizar el proceso legislativo mediante el cual se aprobará la creación de una institución de derechos humanos autónoma, conforme a los principios de París (Resolución 48/134 de la Asamblea General)?

Chile no cuenta con una institucionalidad para la protección, promoción y defensa de los derechos humanos. Desde la recuperación de la democracia se ha debatido acerca de la necesidad de establecer una Defensoría de las Personas, presentando propuestas al respecto cada uno de los presidentes de la República elegidos desde 1990. Sin embargo, en todos estos años ello no contó con el respaldo político transversal que permitiera su discusión legislativa. Sólo en marzo de 2009 se logra el apoyo de todos los partidos políticos en la Cámara de Diputados para la aprobación de la Defensoría de las Personas, mediante la incorporación de un capítulo al respecto en la Constitución Política.

Sin embargo, para alcanzar el nivel de apoyo requerido, se eliminó del texto constitucional toda referencia a las atribuciones que la Defensoría de las Personas tendría, postergando dicho debate para una legislación posterior. Otra falencia que presenta el proyecto es que no contempla defensorías especializadas con mandatos especiales para la protección, promoción y defensa de derechos de poblaciones especialmente vulnerabilizadas en sus derechos. Además, en el Senado, el proyecto no ha logrado un apoyo político transversal, permaneciendo estancado en una comisión de trabajo legislativo.

Por otra parte, se debate desde 2005 la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, como institución autónoma para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile. El debate legislativo de dicho organismo también permanece paralizado en el Congreso Nacional desde agosto de 2008 sin que el Gobierno haya propuesto algún mecanismo y plazos para la resolución de los problemas que la iniciativa presenta y que motivaron el retiro del proyecto en dicha oportunidad.

Recomendaciones:

- Chile debe adoptar una institucionalidad para la protección, promoción y defensa de los derechos humanos dotada de la debida autonomía e independencia, así como de amplias atribuciones para el cumplimiento de su mandato, en conformidad a los Principios de París. Especialmente debe considerarse la creación de Defensorías especializadas para la protección de los derechos de las mujeres, pueblos indígenas y migrantes.

c) Pueblos indígenas: Ley Indígena, Convenio 169 de la OIT, reforma constitucional

La presente sección tiene por objeto dar una sucinta revisión del estado de cosas legislativo, en lo referido a los pueblos indígenas, en respuesta principalmente a las siguientes preguntas del relator:

6. Sírvanse indicar si se ha llevado a cabo un proceso de consulta efectiva con los pueblos indígenas con relación a la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas, de tal manera que la misma sea plenamente conforme con las normas internacionales aplicables, incluido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

8. Sírvanse indicar que medidas han sido tomadas para aplicar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el Estado parte, incluyendo las medidas de orden legislativo.

15. Sírvanse proporcionar información detallada y actualizada sobre las medidas que están siendo tomadas por el Estado parte para agilizar la aprobación por el Congreso Nacional del proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas (párrafo 44 del informe del Estado parte). ¿Qué medidas han sido tomadas por el Estado parte para informar a los miembros del Congreso de la Unión sobre el significado y alcance del concepto “pueblos indígenas” y sobre su compatibilidad con “la unión territorial del Estado parte” (párrafo 42 del informe del Estado parte)?

Los derechos de los pueblos indígenas no se encuentran hasta ahora reconocidos en la Constitución Política del Estado. Ellos están regulados sólo a nivel de legislación secundaria, en la Ley N° 19.253 relativa al “fomento, protección y desarrollo de los indígenas”, que data

de 1993, cuyos contenidos no recogen las demandas de los pueblos indígenas y están muy por debajo de los estándares del derecho internacional que les es aplicable. En efecto, esta ley crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) como órgano rector de la política indígena, y reconoce a los indígenas derechos sobre sus tierras, lenguas y culturas. La misma ley, sin embargo, no reconoce a los pueblos indígenas su calidad de tales, sino solo de “etnias”, ni a sus organizaciones tradicionales. La Ley 19.253 tampoco reconoce sus derechos políticos –como la autonomía, la autogestión, los sistemas de justicia indígena – ni derechos territoriales –como el territorio y el derecho a los recursos naturales – hoy internacionalmente reconocidos. Se aplica a los pueblos indígenas, además, una legislación sectorial que permite la concesión y explotación por terceros de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios³³. A ello se agrega la Ley de Bases del Medio Ambiente (N° 19.300 de 1994) que establece un sistema de evaluación de impacto ambiental que no considera adecuadamente la participación de los pueblos indígenas, así como de la ciudadanía en general, en la toma de decisión frente a proyectos de inversión que afectan sus ecosistemas.

La Ley 19.253 establece la discriminación como una falta. En su artículo 8 establece que esta falta se configura cuando existe “...*discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura.*” La efectividad de esta figura para abordar las numerosas situaciones de discriminación persistentes en el país en contra de la población indígena en razón de su etnicidad y cultura, ha sido cuestionada. Ello tanto por la sanción establecida por la ley para esta falta (multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales)³⁴ como por la escasa jurisprudencia que existe que la haga efectiva.

Luego de un largo proceso reivindicativo propiciado por los mapuche-lafkenche, habitantes de la zona costera del territorio mapuche en el sur del país, durante el 2008 se promulgó la Ley N° 20.249 (D.O. 18/2/2008) que crea el espacio marino costero de los pueblos originarios. Esta ley modifica la normativa vigente al reconocer y resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios por las comunidades indígenas vinculadas al borde costero, permitiendo la mantención de sus tradiciones y el uso de los recursos naturales. Dicho espacio será entregado en destinación a comunidades y asociaciones indígenas por los entes públicos respectivos mediante un convenio. De acuerdo a la ley el espacio a delimitar será el necesario para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario realizado en él. La duración de los espacios destinados para estos efectos será indefinida, salvo incumplimiento del plan de manejo que deberá presentarse al Estado. Hasta muy recientemente, esta ley, cuya aprobación fue considerada como un triunfo por las organizaciones que la promovieron, no había sido reglamentada por el ejecutivo. Por lo mismo, sus disposiciones no entraron en vigencia sino hasta hace poco³⁵, lo que provocó la frustración de las comunidades lafkenche, cuyos recursos siguieron siendo objeto de la presión de la industria pesquera y de la salmonicultura.

³³ Entre ellas el Código de Aguas (D.F.L. N° 1.222 de 1981), el Código de Minería (Ley N° 18.248 de 1983) y la Ley General de Pesca y Acuicultura (N° 18.892 De 1991), y la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica (N° 19.657 de 2000).

³⁴ El valor del ingreso mínimo mensual es de aproximadamente USD 300.

³⁵ El reglamento de dicha ley fue promulgado recién el 29 de mayo de 2009.

Tras 17 años de tramitación en el Congreso Nacional el Senado aprobó en marzo de 2008 el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Durante su debate en el Senado diversos sectores políticos promovieron una declaración interpretativa que restringiría su alcance³⁶. Si bien en su aprobación por el Senado no quedó constancia de tal declaración, existió un acuerdo del ejecutivo con sectores opositores en tal sentido. Tras casi seis meses, y luego de evidentes intentos por parte del ejecutivo de ratificar dicho Convenio con tal declaración interpretativa, la Presidenta Bachelet hizo depósito de la ratificación en la OIT en septiembre pasado, y promulgó en octubre el Convenio sin declaración alguna. Ello se debió fundamentalmente a la presión ejercida por las organizaciones representativas de pueblos indígenas, así como a la postura de la OIT, la que desalentó una declaración de esta naturaleza por ser inoficiosa. Dicho Convenio adquirirá vigencia plena en septiembre de 2009, un año después de su depósito en la OIT.

El Convenio 169 viene a establecer un nuevo escenario para los derechos de pueblos indígenas en Chile. Sus disposiciones de protección sobre las tierras, territorios y recursos naturales indígenas permitirían resolver muchos de los conflictos que los proyectos de inversión en tierras indígenas han provocado en los últimos años. Ello adquiere mayor fuerza si se tiene presente que el artículo 5to inciso 2do de la Constitución Política de la República confiere rango constitucional a los derechos humanos establecidos en este y otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Resultan preocupantes, sin embargo, las observaciones formuladas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de abril pasado relativa a la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT. En ella si bien establece que el derecho a la consulta (artículo 6 N° 1 letra a y N° 2) en el establecido es constitucional, se señala que este no debe entenderse como una negociación obligatoria, y por lo mismo no es vinculante ni afectará atribuciones privativas de la autoridad. Lo mismo señala en relación al derecho a participar en los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles (7 N° 1 oración 2da), los que son constitucionales, pero no implican el ejercicio de soberanía, y no pueden adoptar la forma de una consulta popular vinculante³⁷.

Igualmente preocupantes resultan las declaraciones formuladas recientemente por autoridades de gobierno en relación a las críticas formuladas por el empresariado – también por los pueblos indígenas- frente a una iniciativa orientada al establecimiento de un “Código de conducta responsable para inversiones en tierras y áreas de desarrollo indígenas”. Frente a las críticas empresariales el Ministro de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo señaló que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, todos los artículos del Convenio 169, salvo el 6° (consulta a los pueblos indígenas) "son programáticos, no son autoejecutables (que se apliquen de inmediato como si fuera ley interna), sino son

³⁶ La declaración se refería al artículo 35 del Convenio 169 que dispone: “*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.*” Ella apuntaba a impedir la aplicación en Chile de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea general el 2007 con el voto favorable de Chile.

³⁷ Sentencia de 3 de abril de 2008 (Rol 1050)

principios generales del derecho a los cuales el Estado debe ir adecuándose, pero sin plazo perentorio”.³⁸

Hasta la fecha no se han propuesto iniciativas legislativas para modificar la legislación sectorial referida a derechos sobre recursos naturales y otras materias que entran en conflicto con la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT³⁹.

Respecto a las acciones administrativas, el gobierno actual ha impulsado dos procesos de consulta a los pueblos indígenas para la introducción de reformas al ordenamiento jurídico en el marco de su política, Reconocer: Pacto Social por la Multiculturalidad dada a conocer por la presidenta Bachelet a comienzos de 2008; una relativa a la elección de sus representantes en el Congreso Nacional y en los Consejos Regionales; y otra relacionada con la creación del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas. En sus planteamientos las autoridades han señalado que esta Consulta se enmarca en lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, y en el Instructivo Presidencial No 5 del 25 de junio de 2008, que implementa iniciativas de “Re-Conocer”.

El impulso de procesos de consulta hacia las organizaciones de pueblos indígenas en temas que les atañen constituye un avance en la política pública hacia los pueblos indígenas. Sin embargo, los pueblos indígenas y los organismos de derechos humanos que suscribimos este informe hemos manifestado preocupación tanto por la forma como con el fondo de la consulta que se propone, la que adolece de múltiples deficiencias a la luz de los derechos humanos de pueblos indígenas nacional e internacionalmente reconocidos.

En el plano formal, la consulta no cumple con los estándares establecidos en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultado de buena fe, a través de las instituciones representativas de pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En efecto, en esta ocasión solo se consulta a las organizaciones y asociaciones indígenas que tienen personalidad jurídica (punto 20 del Instructivo Presidencial), sin considerar a las organizaciones e instituciones tradicionales que los pueblos indígenas tienen de acuerdo a su derecho consuetudinario, como lo establece el propio Convenio 169 de la OIT en los artículos 2.2 letra b, 5 letra a y b, y el artículo 8, que estipula que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus usos y costumbres o su derecho consuetudinario”.

Además, la base de datos que se quiere establecer (punto 35 del Instructivo Presidencial) para que los servicios de la Administración del Estado puedan conducir un proceso adecuado de consulta contempla a “las comunidades indígenas registradas, los territorios de

³⁸ Declaraciones del Ministro Secretario general de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo, en Ibarra, Valeria, “La Moneda busca desactivar la amenaza del nuevo código indígena sobre las inversiones” , *La Tercera*, 7 de junio de 2009, disponible en http://latercera.com/contenido/745_138122_9.shtml

³⁹ Parág. 8 (Artículos 1 y 2), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Lista de Preguntas del Relator Relativas al examen del informe periódico 15°, 16°, 17° y 18° de Chile* (CERD/CHILE/15/18), 18 de junio de 2009.

alta densidad poblacional indígena y las Áreas de Desarrollo Indígena”. Estas disposiciones, aún cuando están orientadas a establecer mecanismos de consulta, contravienen las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, donde los pueblos indígenas tienen el derecho a definir sus propias instituciones representativas. Un catastro de esta naturaleza debiera elaborarse con la participación de los propios interesados y con mecanismos de transparencia. Es por eso que se cuestiona el procedimiento utilizado en esta iniciativa desde la perspectiva de la representación indígena y de la dispersión territorial.

Siempre en el plano formal, el cuestionario enviado a las organizaciones de pueblos indígenas, no es adecuado, por cuanto se refiere a una política elaborada sin una previa discusión con los representantes de pueblos indígenas, transgrediendo lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT. En efecto, se ha señalado que la política indígena denominada “Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad” debiera ser reformulada para efectivamente incorporar, en el mismo diseño de estas políticas, a los representantes de pueblos indígenas y entonces cumplir con los mecanismos de participación que obliga el Convenio 169. Ello en razón de que tampoco hubo participación ni consulta a los representantes de pueblos indígenas en la construcción de esta política pública, como lo dispone el Convenio 169.

En cuanto al fondo de la consulta, se considera que ésta tiene deficiencias graves que deben ser representadas. En relación a la consulta relativa a la elección de representantes indígenas en el Congreso Nacional y en los Consejos Regionales, llama la atención que se proponga la participación indígena solo a nivel de la Cámara de Diputados y no en el Senado; y que se impide a los indígenas que participan en el registro electoral indígena participar en los procesos electorales a nivel del país, restringiendo arbitrariamente sus derechos ciudadanos. También llama la atención el que no se incluya en la consulta la participación indígena en los gobiernos comunales, que son aquellos que resuelven una cantidad importante de los asuntos que interesan a los indígenas en la actualidad.

En relación a la Consulta relativa a la creación del Consejo de Pueblos Indígenas, llama la atención que éste sea entendido como un espacio de participación puramente consultivo, en que los pueblos indígenas, en contraste con los lineamientos del Convenio 169, no tienen capacidad y derecho de definir sus propias prioridades en materia de desarrollo (art. 7.1) y a participar efectivamente en las decisiones que les conciernen (art. 6.1.a).

Cabe señalar que muchos de estos temas de fondo que se señalan han sido planteados por los pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas en el pasado, y no han sido acogidos por el Gobierno en la propuesta de consulta que realiza. Por lo anterior, hay una preocupación que a través de ella se venga a legitimar una política pública inconsulta más que a abrir espacios reales para la participación en la definición de los asuntos que les conciernen.

A estas consultas cabe agregar aquella referida a un Código de Conducta Responsable para inversiones de tierras y Áreas de Desarrollo Indígena, que el gobierno propuso el 2009, la que por su importancia, es comentada más adelante en este informe al tratar de los mega proyectos en tierras y territorios indígenas

También tras casi dos décadas de debate parlamentario, el 7 de abril pasado el Senado aprobó en general la idea de legislar sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. El texto aprobado en general por el senado señala:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes enmiendas en la Constitución Política de la República:

1) Reemplázase el artículo 4° por el siguiente:

“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.”

2) Intercálase en el artículo 5° el siguiente inciso primero, nuevo:

“Artículo 5°.- Chile es una república democrática.”

3) Intercálase, en el párrafo primero del número 2° del artículo 19, entre las palabras “mujeres” y “son”, la siguiente frase, entre comas: “cualquiera sea su origen étnico o racial”.

4) Agrégase al número 24° del artículo 19 el siguiente párrafo final, nuevo:

“La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes.”

Junto con aprobar la idea de legislar, propuso un plazo de 30 días ampliable, para recibir opiniones de los representantes de pueblos indígenas. Dicho plazo ha sido ampliado hasta el mes de junio en virtud de un proceso de consulta al que han sido convocadas las organizaciones de pueblos indígenas por el gobierno.

Al igual que en el caso de las anteriores propuestas de reforma constitucional analizadas por el Congreso sobre la materia, el texto concordado por el Senado fue elaborado sin mediar la participación y consulta de los pueblos que constituyen los destinatarios de la misma. Cabe señalar que a comienzos de 2008, un conjunto de organizaciones de diversos pueblos indígenas asistieron a esta Comisión del Senado para manifestar su rechazo a los proyectos de reforma constitucional en discusión, pidiendo el retiro de los mismos y el desarrollo de un proceso de consulta previo a los pueblos indígenas. La omisión del gobierno en esta oportunidad es mayor, dado que al ratificar el Convenio 169 de la OIT el estado chileno se obligó a desarrollar procesos de consulta dispuestos en su artículo 6. Aunque formalmente el Convenio no adquiere plena vigencia sino hasta septiembre de 2009, el gobierno de la Presidenta Bachelet señaló durante el 2008 que orientaría su política pública y sus acciones en relación con estos pueblos en base al Convenio 169, en particular en materia de consulta a los pueblos indígenas⁴⁰. En síntesis, la actual administración desoye las directrices a las que ha adherido tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito doméstico, lo que constituye una contradicción inadmisibles.

⁴⁰ Instructivo Presidenta Bachelet, Implementa iniciativas de Re-conocer: Pacto social por la multiculturalidad, 25 junio 2008.

La preocupación sobre el carácter de la consulta a los pueblos indígenas propuesta por el gobierno de Chile en relación con el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos, fue planteada formalmente a éste a través de un informe en el mes de abril pasado por el Relator Especial de la ONU para los derechos indígenas, James Anaya. En dicho informe el Relator Especial identificó las condiciones que un proceso de esta naturaleza debe tener para cumplir con los estándares relativos al derecho a la consulta a los pueblos indígenas que emanan del Convenio 169 de la OIT, así como los de la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Entre estos estándares el Relator especial identifica que la consulta debe realizarse con carácter previo, que esta no se agota con la mera información, que debe realizarse de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes, que ella debe ser adecuada y realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, que debe ser sistemática y transparente, y que debe hacerse con miras a lograr el consentimiento de los pueblos indígenas. En el mismo informe el Relator manifestó su preocupación por la temporalidad (dos meses) del proceso de consulta relativo al reconocimiento constitucional de pueblos indígenas, por su organización, por el ámbito temático delimitado a un texto que no ha sido elaborado por los pueblos indígenas, por el ámbito geográfico para su realización. No obstante lo anterior, la consulta propuesta por el ejecutivo ha seguido su curso, sin tomar debidamente en consideración hasta la fecha las propuestas del Relator Anaya.⁴¹

En cuanto a su contenido, el texto consensuado por el Senado ha sido objeto de diversas críticas. El Observatorio Ciudadano ha señalado que la inclusión del concepto de indivisibilidad de la Nación en el inciso primero del artículo 4 de la propuesta, da cuenta más que de un reconocimiento, de una negación, y devela un temor infundado a procesos de separación que los pueblos indígenas en Chile y en la región no han promovido. En cuanto a la inclusión del concepto de multiculturalidad, tras dos décadas de aplicación en la región, este concepto incorporado en el mismo inciso en la propuesta ha demostrado ser insuficiente para asegurar los derechos de los pueblos indígenas, y por lo mismo es rechazada hoy por los pueblos indígenas. Otra cuestión que llama la atención es que si bien en el inciso 2 del artículo 4 se reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan en el territorio de Chile, a la hora de establecer derechos, sus titulares no son los pueblos, sino las personas, comunidades y organizaciones indígenas según se desprende la parte final de dicho inciso y del propuesto como párrafo final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución. La propuesta finalmente limita en el caso de las aguas la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas al ejercicio de “derechos de aprovechamiento de aguas”, dejando fuera del reconocimiento constitucional aquellos que emanan de la propiedad como en el caso de los derechos sobre las tierras.⁴²

⁴¹ Anaya, James (Relator Especial de la ONU para los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas), *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, 24 de abril, de 2009, disponible en [http://www.webhostingconadi.cl/01%20PRINCIPIOS%20INTERNACIONALES%20APLICABLES%20A%20LA%20CONSULTA%20INDIGENA%20EN%20RELACION%20CON%20LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20por%20James%20Anaya%20\(Abril%202009\).pdf](http://www.webhostingconadi.cl/01%20PRINCIPIOS%20INTERNACIONALES%20APLICABLES%20A%20LA%20CONSULTA%20INDIGENA%20EN%20RELACION%20CON%20LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20por%20James%20Anaya%20(Abril%202009).pdf)

⁴² Observatorio Ciudadano, *Propuestas para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas: deficiencias de forma y de fondo*, 9 de marzo de 2009, disponible en www.observatorio.cl

Recomendaciones:

- Impulsar a la brevedad las adecuaciones a la normativa interna contradictoria con el Convenio N° 169 de la OIT, en particular aquella relativa a los derechos sobre los recursos naturales y al medio ambiente antes referida, de modo de adecuarlas a las disposiciones de este Convenio internacional, impulsando para ello procesos de consulta adecuados considerados en el artículo 6.1 a y 6.2 de dicho Convenio.
- En cuanto a la reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas y a sus derechos en discusión en el Congreso Nacional, impulsar a la brevedad un proceso de consulta con miras a determinar el sentido y alcance de esta reforma, proceso que se oriente por los lineamientos señalados por el Relator Especial de la ONU para los derechos indígenas, James Anaya, en abril pasado antes referido.

d) Inmigrantes

10. Sírvanse proporcionar información detallada y actualizada sobre las dificultades que encuentran los inmigrantes para gozar plenamente de sus derechos reconocidos en la Convención. ¿Se han realizado estudios tendientes a identificar los problemas a los que se enfrentan los inmigrantes y el grado de discriminación del cual son objeto?

Es importante destacar que las normas migratorias fueron dictadas durante la dictadura y no han sido modificadas, y no responden a las nuevas características del contexto nacional e internacional y, a las necesidades de la migración hacia Chile. En efecto el status jurídico que protege los derechos de la población inmigrante es débil y esto se expresa fundamentalmente en el ámbito del trabajo, salud, educación y vivienda.

d.1) Trabajo

Un problema grave es el que se refiere a la aparición de tendencias xenófobas y discriminatorias en la sociedad chilena que atentan contra la integridad, seguridad y derechos básicos de los/as inmigrantes. Estas tendencias se traducen en malos tratos hacia estas comunidades por parte de sus empleadores/as, ciudadanos/as en general, como también por parte de personas encargadas de administrar los servicios sociales. A esto se le une, en el caso de las mujeres, las discriminaciones por género.

En particular, la desprotección de las mujeres migrantes en el ejercicio de sus derechos está signada tanto por las estructurantes de género como por las económicas, a las que se suma el factor de no ser parte de la comunidad nacional. En este sentido los principales problemas que las afectan están ligados a los ámbitos del trabajo, salud, y a la dificultad de constituirse en migrantes regulares.

En el ámbito del trabajo y las oportunidades de empleo, el contexto de crisis permanente de la región ha provocado una baja considerable en el ingreso familiar de muchos países, cuestión que ha obligado a las mujeres a incorporarse a la población económicamente

activa. Sin embargo, la estructura laboral de estos países en conjunto con la estructura de género de las sociedades de América Latina ha hecho que esta incorporación al mercado laboral sea dificultosa en sus países de origen. Es así como las crisis vividas por los países de la región han dejado un mercado laboral con poca o nula capacidad de absorción de mano de obra y que obliga a tomar la decisión de emigrar.

El que Chile se presente como un país comparativamente más estable en lo económico, ha significado que los/as inmigrantes se aventuren hacia Chile para verificar luego la existencia de brechas de desigualdad, un mercado laboral inestable, caracterizado por la informalidad de los empleos, la desprotección de los/as trabajadores/as y la flexibilidad de las normativas laborales.

El acceso a empleos en condiciones precarias e informales somete a los/as inmigrantes a condiciones de vida deficientes, condiciones que inciden más fuertemente en el sector femenino de la población inmigrante, pues están expuestas a una mayor vulnerabilidad en la trasgresión de sus derechos fundamentales, ya que al hecho de ser inmigrante se les agrega la condición de ser mujeres. Los procesos de socialización y de culturización han dado a las mujeres menores herramientas para desenvolverse en el ámbito de lo público, cuestión que puede agravarse en las migrantes debido al desconocimiento de las dinámicas del país de acogida y así ser más vulneradas en el ejercicio de su ciudadanía.

Es necesario destacar que muchas mujeres migrantes con y sin estudios técnicos y profesionales optan por insertarse en el mercado laboral chileno como trabajadoras de casa particular ya sea residiendo o no en el casa donde trabajan. Bajo la legislación laboral chilena, estas trabajadoras reciben un ingreso inferior al mínimo legal y su jornada laboral es de 11 horas diarias durante 6 días a la semana. La falta de información y fiscalización hacen que muchas mujeres migrantes toleren condiciones laborales ilegales.

A la situación de vulnerabilidad de los/as inmigrante contribuye el hecho de la irregularidad en términos legales, que viven algunos/as inmigrantes. Esta situación se traduce en un círculo vicioso de trabajo informal- indocumentación -vulneración de derechos. El hecho de que los/as inmigrantes se encuentren indocumentados/as los/as condena a emplearse en el sector informal, donde no acceden a contrato ni derechos laborales y de seguridad social. Paradójicamente la obtención de una situación migratoria en regla está sujeta a la posesión de un contrato de trabajo que incluya una cláusula de viaje y de vigencia. La primera de ellas implica que el empleador asume el costo del pasaje de regreso y la segunda que el contrato solamente estará vigente a partir del otorgamiento de la visa. Esta segunda cláusula en particular, limita la posibilidad de las y los migrantes de reclamar ante la violación de sus derechos. Por otra parte, dado que la visa está sujeta al contrato, muchas trabajadoras migratorias toleran condiciones ilegales, discriminatorias y vulneradoras de otros derechos por temor a perder su visa.

d.2) Salud

En relación al acceso a servicios de salud, es posible acceder a través de dos canales: el sistema privado de salud, a través de las ISAPRE, y el Sistema de Salud Pública, FONASA. Este último incorpora a diversos grupos sociales, sin embargo concentra a la

población de menos recursos. Es así como a través de este sistema se logra atender de manera gratuita a todas aquellas personas que no cuentan con ingresos o cuyos ingresos son insuficientes para acceder al sistema privado de salud.

En el caso de la población inmigrante, tienen la posibilidad de acceder al sistema público de salud, con la sola presentación de la cédula de identidad chilena para extranjeros. Sin embargo, un número considerable de inmigrantes no posee este documento pues la posesión de dicho documento está condicionada a la existencia de una visa de residencia temporaria o permanente.

Como se indicó anteriormente, las mujeres inmigrantes trabajan en Chile preferentemente en trabajo doméstico. Este tipo de empleo presenta algunos problemas específicos de salud para las mujeres; lumbagos y otras enfermedades derivadas directamente de la aplicación de fuerza física en la labor doméstica.

También se han detectado problemas psicológicos derivados del desarraigo y alejamiento de su familia. En efecto, de acuerdo a la información entregada por el Departamento de Extranjería y Migración la mayor parte de las mujeres inmigrantes peruanas declaran ser solteras y se encuentran en el rango etario de 36 a 50 años⁴³. Esta información permite imaginar hayan constituido familia y tengan hijos en su país de origen. De hecho, muchas de ellas migran a Chile para enviar remesas a sus hijos y familiares que residen en el país de origen.

Siguiendo en el ámbito de la salud, otro aspecto relevante tiene que ver con los códigos culturales y la relación del funcionario con el paciente. En este sentido se ha podido constatar que un alto porcentaje de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo, no se controlan en los centros de salud hasta los últimos meses, lo que puede poner en riesgo su vida, la del feto y las condiciones de parto y posparto. A este respecto cabe preguntarse si esta situación obedece a una práctica cultural distinta a la manejada en Chile sobre esta materia o si los centros de atención presentan trabas para el control del embarazo de las mujeres inmigrantes, como pueden ser los horarios de atención incompatibles con los horarios de trabajo doméstico “puertas adentro” modalidad preferida por las inmigrantes; por desconocimiento de sus derechos y deberes al interior de los centros de salud pública o, falta de iniciativa del Estado por informar a las mujeres inmigrantes sobre las formas de acceder los servicios de salud del Estado.

d.3) Educación

Respecto de la educación es necesario relevar distintos tipos de problemas; el primero tiene relación con el acceso a la educación de los hijos de los y las migrantes en Chile; el segundo con los contenidos de la educación y por último el problema de la homologación de los estudios realizados en el país de origen.

⁴³ Dato obtenido del Documento Descripción de las causales migratorias de los integrantes de la comunidad cristiana peruana Santa Rosa de Lima. Incami, 2000

En relación al acceso a la educación, son los/as hijos/as de los/as migrantes indocumentados son los/as afectados/as, a pesar de la vigencia en el país de la Convención de Derechos del Niño. En efecto, encuentran obstáculos en el acceso a la educación por el desconocimiento de los administradores de establecimientos educacionales de la legislación vigente y de los derechos de los extranjeros y de los niños de padres extranjeros en Chile.

Las relaciones entre Chile, Perú y Bolivia han estado marcadas por el conflicto bélico que enfrentó a estos países en el siglo XIX. Las tres naciones han tendido a dar una interpretación histórica cargada de sentimientos nacionalistas: glorificadora de su propia acción y denigrante para el “enemigo”. Esto se ha expresado en los textos escolares pero también y particularmente en las actitudes de los y las enseñantes. En el caso de los/as escolares peruanas y bolivianas en Chile, la interpretación histórica de las relaciones bilaterales conlleva una desvaloración de su herencia cultural y nacional. Estos/as niños/as son inducidos a aceptar, aprender y reproducir interpretaciones históricas que afectan el valor de sus identificaciones culturales y nacionales.

Por otra parte, no existe en la actualidad homologación de diplomas para técnicos y profesionales peruanos en Chile. Si lo hay para colombianos y ecuatorianos. Según el Jefe del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior las demandas de visa entregan como información suplementaria que un sector relevante de la migración peruana tiene calificación técnica-profesional. La homologación representaría una posibilidad de trabajo con mejor remuneración y en mejores condiciones laborales.

Entre los principales puntos de preocupación en relación a esta materia destacan:

- La inexistencia de una política inmigratoria actualizada y respetuosa de los derechos de los/as migrantes.
- Actualmente la autorización de estadía está determinada por la duración del contrato de trabajo y amarrada a ese contrato, lo que permite todos los abusos de parte del empleador con la consecuente precariedad de su status jurídico. A ello se suma el no cumplimiento de todas las normas en la contratación y pago de las obligaciones de la seguridad social tiende a estigmatizar al trabajador/a migrante como competencia desleal y su consecuente transformación en chivo expiatorio, sin señalar las responsabilidades del empleador en esta situación.
- La dificultad de acceso de los/as migrantes a servicios tales como la salud, educación, viviendas.
- Según información del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior, una proporción importante de la población inmigrante posee formación técnica y superior, que no pueden hacer valer por la inexistencia de homologación de diplomas.
- Necesidad de avanzar en revisar las formas de educar en las asignaturas - fundamentalmente - de la historia nacional que evite las interpretaciones nacionalistas y estigmatizadoras de los antiguos “enemigos y adversarios” en los conflictos de siglos anteriores.
- Se percibe una tendencia discriminatoria y xenófoba de algunos funcionarios estatales, pero también en la opinión pública y a veces incluso de connotados personajes políticos. La xenofobia se nutre de la ignorancia sobre las dimensiones y razones del problema, es

necesario actuar antes que ello se transforme y cristalice en comportamientos definitivamente racistas.

Recomendaciones:

- Elaboración de una política migratoria en interlocución con las organizaciones de la sociedad civil concernida por la problemática, incluidas las organizaciones de la sociedad civil de los extranjeros en Chile.
- Necesidad de proteger a las trabajadoras con visa sujeta a contrato.
- Sancionar al empleador y no al trabajador/a inmigrante por el no respeto de la normativa laboral vigente, respecto del permiso de trabajo.
- Garantizar el derecho y acceso a la salud, educación y vivienda más allá del estatus jurídico de las personas.
- Crear mecanismos que permitan y faciliten la convalidación de títulos y homologación de estudios
- Revisión de los textos escolares que interpretan unilateralmente los acontecimientos históricos que implican a las comunidades nacionales presentes en el país.
- Elaboración de un programa de información y sensibilización de los funcionarios públicos que se relacionan con la población extranjera.

III) Casos de discriminación

Otras esferas de discriminación que afectan a la población indígena, son las que dicen relación con el tratamiento que esta recibe de parte de la justicia, y aquella relacionada con los proyectos de inversión que proliferan en sus tierras y territorios. Este capítulo tiene por objeto dar cuenta de esta situación, producto tanto de las acciones como de las omisiones del Estado en diversos ámbitos.

a) Propiedad y territorio

17. Sírvanse proporcionar información detallada y actualizada sobre las medidas que están siendo tomadas por el Estado parte para agilizar la demarcación de las tierras indígenas. Sírvanse también indicar si la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) cuenta con suficientes recursos para poder realizar adecuadamente sus funciones.

19. Sírvanse indicar que medidas han sido tomadas para establecer un mecanismo efectivo para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales que se basan en la ocupación y uso tradicional, de acuerdo con las normas internacionales relevantes.

Al igual que en otras partes del continente, los pueblos indígenas en Chile han sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos naturales de propiedad ancestral. En el caso del pueblo mapuche, este proceso se llevó a cabo fundamentalmente a fines del siglo XIX y comienzos del Siglo XX, luego de la ocupación militar de la Araucanía, época en que el Estado chileno dispuso de gran parte de sus tierras de propiedad ancestral para entregárselas a colonos europeos, o para subastarlos a privados. En efecto, el Estado chileno radicó en “reducciones” de carácter comunal a los mapuche en tan solo un 6% de su territorio ancestral (aproximadamente 500 mil hectáreas), confiscando las tierras y recursos restantes, sin su consentimiento, para sus proyectos colonizadores. La apropiación de las tierras y aguas de los aymara, lickanantay y quechua en el norte ocurrió luego de la anexión de sus territorios a Chile con posterioridad de la Guerra del Pacífico, a finales del Siglo XIX, cuando estos mayoritariamente pasaron a ser considerados como bienes de propiedad fiscal por el Estado chileno. Ello en abierta violación de sus derechos de propiedad ancestral sobre los mismos, así como en muchos casos, en violación de derechos de propiedad inscrita sobre la tierra al amparo de los regímenes catastrales previamente impuestos por los Estados de Perú y Bolivia en dichos territorios.

Tales procesos usurpatorios de la propiedad ancestral indígena, salvo períodos de excepción, como la reforma agraria entre 1966 y 1973 en el caso del pueblo mapuche, se mantuvieron en el tiempo hasta 1993, con la dictación de la ley 19.253 de 1993 sobre Protección Fomento y Desarrollo de los indígenas. Dicha ley, junto con declarar la inalienabilidad, inembargabilidad, e imprescriptibilidad de las tierras indígenas (artículo 13), creó un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI), financiado con recursos del Estado, como mecanismo para dotar de tierras y aguas a las personas y comunidades indígenas que carecen de ellas, así como para la restitución de tierras en conflicto.

En el caso del pueblo mapuche en el sur del país, la política impulsada por CONADI desde entonces ha estado orientada a la ampliación de tierras para los pueblos indígenas, fundamentalmente vía compra de inmuebles disponibles en el mercado, sin garantizar la restitución de tierras indígena antiguas reivindicadas por los pueblos indígenas y sus comunidades. En efecto, dicha entidad siguió impulsando programas tendientes al otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras a familias y comunidades⁴⁴ y, asimismo, de compra de tierras disponibles para la resolución de problemas derivados de conflictos históricos⁴⁵. La política de restitución de tierras ancestrales en el sur ha quedado reducida a la transferencia de tierras consideradas por la ley como fiscales,⁴⁶ que corresponden a tierras ancestrales indígenas en poder del Estado. A ello se suman las políticas de saneamiento o regularización legal de tierras ya reconocidas en propiedad a los pueblos indígenas, y que se encuentran posesión irregular por parte de comunidades o familias indígenas.

Según antecedentes de CONADI, la gestión del FTAI en la compra de tierras en virtud de la aplicación del artículo 20 letra (a) y (b) entre 1994 y junio del 2006, representa el 65% del presupuesto total de CONADI, a su vez los programas de Tierras significan el 82% de

⁴⁴ Artículo 20 letra a) de la Ley Indígena N° 19.253.

⁴⁵ Artículo 20 letra b) de la Ley Indígena N° 19.253.

⁴⁶ Artículo 21 de la Ley Indígena N° 19.253.

la inversión total del FTAI. Cabe señalar que solamente las tierras adquiridas mediante el artículo 20 letra b) corresponderían a “tierras incorporadas al patrimonio indígena” que implican la ampliación propiamente tal de la superficie de los indígenas. Respecto de las tierras compradas con subsidios según el artículo 20 letra (a), es necesario distinguir aquellas compradas en tierras indígenas de aquellas adquiridas en tierras no indígenas. En el caso de las tierras fiscales traspasadas y del programa de regularización/saneamiento de la propiedad indígena, no se trató de adquisición de “tierras nuevas”, sino de la regularización y titulación de una propiedad que ya era indígena.

Las compras, traspasos y saneamientos totales de tierras por el FTAI en beneficio de comunidades mapuche en las regiones VIII, IX y X es en el período 1994 – 2006 es el siguiente:

Cuadro n°1

Fondo de Tierras y Aguas (actualizado 30.03.2007)

			Traspaso Predios Fiscales	Saneamiento Propiedad Indígena	Total
	Art. 20 b)	Art. 20 a)			
Total 1994- 2006 (ha)	73.045	23.783	190.485	217.353	504.666
Familias (nro)	6.686	2.463	3.858	7.983	20.990
Comunidades (nro.)	212	116	-	-	328
Subsidios Individuales	-	1.143	-	-	1.143

Fuente: CONADI

En lo que respecta a las tierras adquiridas a través del artículo 20 letra (b) la inversión realizada asciende hasta junio del 2007 a la suma de \$ 71.727.381.574 (más de 135 mil millones de dólares).⁴⁷

En junio del 2006 CONADI publicó el listado actualizado de las comunidades con aplicabilidad del art. 20 letra (b) de la ley 19.253, en él se da cuenta de 108 comunidades que poseen la resolución de aplicabilidad de la fiscalía de CONADI, es decir, el Estado ha reconocido reclamos históricos, razón por la cual deberán ser adquiridas tierras.⁴⁸

⁴⁷ González, Karina et al., *Política de tierras y derechos territoriales de los pueblos indígenas en Chile; el caso de las comunidades Carimán Sanchez y Gonzalo Marin y de la comunidad Manuel Contreras*, Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, Documento de trabajo N° 7, 2007, en www.observatorio.cl

⁴⁸ *Ibid.*

Cuadro n°2**Resoluciones de Aplicabilidades 2000-2007**

Total comunidades demanda de tierras	580
Comunidades en Tramite técnico	308
Resuelve Aplicabilidad	245
Resuelve No Aplicabilidad	27
Casos Priorizados	108
Sitios de Significación Cultural	10
Casos No Priorizados	76

Fuente: CONADI

De acuerdo a la misma fuente, entre el 2006 y el 2007 se habrían comprado 23 mil hectáreas adicionales para 2.200 familias indígenas. Para el 2008, en el marco de la política “Reconocer; Pacto social por la multiculturalidad” impulsada por el gobierno, se destinaron 23.314 millones de pesos (US \$ 44.622.657) al Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, de los cuales 19.555 millones de pesos (USD 37.427.986) serían orientados a la compra de tierras en beneficio de personas o comunidades indígenas⁴⁹.

Los beneficiarios de la política de tierras son principalmente comunidades indígenas del sur del país, de origen *mapuche*. Las insuficiencias de la política de tierras son evidentes. A pesar del incremento de los recursos públicos, la política de tierras sigue sin atender a las demandas del pueblo mapuche en relación a la restitución de las tierras ancestrales⁵⁰. Sigue además, como veremos más adelante en este informe, sin ponerlas a salvo de los proyectos de inversión extractivos que hoy proliferan en sus territorios. Por otro lado, el Estado sigue privilegiando la titulación en propiedad individual por sobre la titulación en propiedad comunitaria indígena, propia de su tradición. Más aún, dicha política lejos de reconocer la territorialidad indígena antigua, la fragmenta. Ello al relocalizar a familias indígenas en nuevos predios ubicados a distancia de sus tierras ancestrales y otorgarles tierras distintas de aquellas que reclaman para si como posesiones históricas. Son diversos los casos en que el Estado, a través de CONADI, ha destinado las tierras antiguas de posesión de una determinada comunidad indígena a otras comunidades provenientes de otros sectores, generando graves conflictos entre comunidades. Un ejemplo de ello es el conflicto suscitado entre las comunidades de “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Manuel Contreras”, en la región de la Araucanía, cuyas tierras ancestrales reclamadas ante CONADI fueron adquiridas por la entidad y entregadas en propiedad a comunidades *mapuche* provenientes de otras comunas, y no a quienes les pertenecieron históricamente.⁵¹

⁴⁹ Informe de Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, 23 junio 2008.

⁵⁰ Parág. 15 (Artículos 5 y 6), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Lista de Preguntas del Relator Relativas al examen del informe periódico 15°, 16°, 17° y 18° de Chile* (CERD/CHILE/15/18), 18 de junio de 2009.

⁵¹ González, Karina et al., *op. Cit.*

En lo que atañe a los derechos ancestrales del pueblo mapuche sobre las aguas la situación actual es igualmente crítica. El proceso de constitución de derechos de agua por no indígenas en el territorio ancestral mapuche se viene generando desde la promulgación del Código de Agua en 1981, quedando las comunidades, sin embargo, rezagadas. No existen estudios que hayan catastrado la situación de tenencia de derechos de agua de personas u organizaciones *mapuche*. En el año 2001, Miguel Díaz y Raúl Elgueta⁵² efectuaron un estudio usando para ello los datos que arrojaba el programa de trabajo del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, los que están destinados a subsidiar el proceso de constitución legal de derechos de agua, la compra de derechos de agua y la construcción de obras de riego intrapredial. El análisis se centró en los años 1995, 1996, 1999 y 2000.

Hasta dicha fecha, solo un 17,63% del total de los caudales solicitados a través de programas de CONADI habían sido constituidos. Las dificultades para constituir derecho derivan del hecho de que tras 20 años de haberse promulgado el Código de Aguas de Chile, prácticamente no existe disponibilidad de aguas para acceder a la demanda *mapuche*, ya que la mayoría de los derechos han sido constituidos por particulares.

Un estudio efectuado por la Fundación de Ciencias Agrarias de la Facultad de Agronomía de la Universidad de Chile para la Comisión Nacional de Riego (Enero, 2009), da cuenta que entre el año 2004 y 2007 se han solicitado a la Dirección General de Aguas (DGA) a nivel nacional 16.644 derechos de aprovechamiento, los cuales corresponden a un caudal total de 2.169.462 L/s, de los cuales un 17% corresponden a derechos de aprovechamiento solicitados por personas u organizaciones indígenas, con caudal total solicitado de 47.125 L/s. El mismo estudio evidencia que entre los años 2006 y 2007 se han solicitado 2.722 derechos de aprovechamientos superficiales, de las cuales un 14% corresponden a solicitudes indígenas. Concluye que las solicitudes de derechos de aprovechamiento superficiales a nivel nacional se concentran en las regiones del sur, principalmente en la Región de la Araucanía, con el 31% de las solicitudes.

La concentración de solicitudes de derechos de agua en la zona sur se explica por el rezago en el proceso de constitución de derechos de agua indígena en territorio *mapuche* y por el hecho de que los solicitantes son, mayoritariamente, personas naturales que demandan los derechos de aprovechamiento a título individual. Cabe tener presente que la demanda de agua a título individual responde al régimen de propiedad individual impuesto en el territorio *mapuche*.

En lo concerniente a la propiedad de las tierras de las comunidades indígenas del norte, conviene consignar que a partir de la promulgación de la Ley N° 19.253 en 1993 se inició un plan de saneamiento y regularización de la propiedad que permitió demarcar los

⁵² Díaz Miguel (CONAF) y Raúl Elgueta Riquelme (2001). La protección y uso de las aguas entre los mapuches de la Araucanía. Problemas y perspectivas para el desarrollo Indígena. Tercer encuentro de las Aguas Panel 2: políticas y estrategias para el desarrollo del recurso hídrico. MOP – MINAGRI – IICA, 24 al 26 de octubre de 2001, Santiago de Chile. En: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/encuen/miguel.pdf>

territorios ocupados por cada una de ellas, hacer catastros y regularizar la propiedad de las tierras. Con ello se pretendía tener claridad sobre los territorios ocupados ancestralmente, conocimiento a partir del cual se procedió a constituir las comunidades sobre esos mismos territorios. Aunque la demarcación territorial se inició en 1996,⁵³ el procedimiento de regularización de la propiedad ha quedado inconcluso. En efecto, si bien la regularización tuvo un impulso inicial al comienzo de los gobiernos de la Concertación, su continuación se vio frustrada más tarde cuando entró en contradicción con otros intereses —en particular los de la gran minería—, que presionaban por el acceso y el control de las aguas, tierras y minerales existentes en los territorios indígenas.

La situación actual de las tierras *aymara* ha sido definida mediante un catastro levantado en 1998 por el Ministerio de Bienes Nacionales. Según el catastro, las tierras *aymara* ubicadas en el altiplano de la región de Arica-Parinacota y Tarapacá corresponden a 190 propiedades. De estas, 30 ocupaciones (15,8%) corresponden a tierras fiscales, y 160 (84,2%) son de propiedad *aymara*, predios estos últimos que tienen en conjunto una superficie cercana a 1.400.000 hectáreas. Las tierras *aymara* representan en la comuna de General Lagos, provincia de Parinacota, 95% de la superficie comunal; en Putre, 45%; en la comuna de Camarones, provincia de Arica, 10%; en la comuna de Colchane, provincia de Iquique, 70%; y en la comuna de Pica, 10% de la superficie comunal.

También hay propiedad agrícola *aymara* constituida en las quebradas altas y bajas que nacen en el altiplano y bajan hasta la costa o la pampa intermedia en los oasis y en la Pampa del Tamarugal. Las quebradas son Azapa, Camarones y Tarapacá; los oasis, Mamiña, Pica-Matilla y Guatacondo, y las zonas de la Pampa del Tamarugal corresponden a los sectores de Huara y Pozo Almonte.

En las últimas décadas el Estado constituyó áreas silvestres protegidas, dependientes del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE), en los territorios de propiedad y tenencia *aymara*, áreas protegidas que en algunos casos se superpusieron a los títulos de dominio de las comunidades *aymara*. De esa manera, en el altiplano se traslapan tierras *aymara* con las áreas protegidas correspondientes al Parque Nacional Lauca, a la Reserva Nacional Las Vicuñas y al Monumento Natural Salar de Surire, de una superficie conjunta de 311.906,7 hectáreas, que cubren nueve propiedades fiscales y 59 propiedades *aymara*. Esta superposición de dominios se da también en la comuna de Colchane, provincia de Iquique, entre el Parque Nacional Volcán Isluga y las comunidades lugareñas.

Cabe notar que uno de los argumentos esgrimidos por las autoridades gubernamentales para postergar el reconocimiento de la propiedad indígena en estos territorios es bastante paradójico, el deseo de proteger el ecosistema de la zona, habida cuenta de su extrema fragilidad y su gran valor ambiental. Las autoridades de gobierno sostienen haber advertido los posibles peligros que entrañan los intereses mineros en la zona, y han hecho hincapié en

⁵³ El proceso de demarcación se llevó a cabo en virtud del Acuerdo Marco firmado en 1994 entre el Ministerio de Bienes Nacionales y la CONADI, que puso en obra las disposiciones de la Ley Indígena, específicamente las normas del Título VIII, párrafo 2º, artículos 62 a 65, que contiene “Disposiciones Particulares Complementarias para los Aimaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del País”.

que estos podrían comprometer seriamente el equilibrio ambiental del territorio, toda vez que las empresas podrían aprovechar la circunstancia de que estas tierras son traspasadas a los indígenas precisamente para eludir las obligaciones ambientales que emanan del SNASPE. Pero lo cierto es que, en la práctica, ha sido el propio Estado el que ha soslayado sus obligaciones ambientales y ha permitido la instalación de proyectos mineros en estas áreas protegidas, como lo atestiguan la situación de la mina Choquelimpe,⁵⁴ de Minera Vilacollo,⁵⁵ y la explotación de bórax y sales minerales por la compañía chilena Quibórax SA. en el Salar de Surire. Recientemente el Estado ha efectuado un llamado a licitación pública para la explotación geotérmica de fuentes de agua termales localizadas e dichos territorios indígenas (Parque Nacional Lauca, Reserva Natural Las Vicuñas, Parque Nacional Volcan Isluga y Reserva Natural Los Flamencos). En síntesis, los únicos postergados han sido los indígenas y sus reivindicaciones territoriales⁵⁶.

Entre 1990 y 1998, las comunidades *atacameña* identificaron sus deslindes tomando en cuenta las ocupaciones materiales, rituales e históricas y los cerros tutelares. Como resultado de este proceso, la demanda atacameña para el reconocimiento de sus tierras antiguas suma más de 3.133.800 hectáreas y hasta la fecha no se registran avances sustanciales.

El proceso de demarcación territorial en el caso del Pueblo Colla se inició en 1996, a partir de estudios en que se identificaron y demarcaron los territorios perimetrales. Estos consideraban vegas, aguadas, campos de pastoreo y sitios eriazos que quedaban dentro de un perímetro constituido por los cerros altos que bordean las cuencas. Mediante ese proceso se delimitó un territorio de 451.957,61 hectáreas.

El Estado chileno sostuvo que, dada su amplitud, no era posible regularizar esas extensiones como territorios, y dispuso que el saneamiento se hiciera sobre los fondos de quebradas y campos de pastoreo. Por tal motivo, las comunidades collas presentaron en 1997 solicitudes referidas a la regularización de esos sectores. La comunidad de Diego de Almagro (o Potrerillos) solicitó 33.450,29 hectáreas, que incluyen 43 vegas, 44 aguadas y numerosos campos de pastoreo del altiplano. Por su parte, la de la comuna de Copiapó (o Quebrada Paipote) solicitó 3.546,48 hectáreas —que comprenden 42 vegas y 17 aguadas—, superficie que representaba 1,22% de la superficie total demarcada en 1996, con excepción de las veranadas de los collas de Paipote, que son terrenos de propiedad particular situados

⁵⁴ El terreno correspondiente a tales pertenencias está parcialmente emplazado sobre el perímetro de la Reserva Nacional Las Vicuñas, zona declarada de interés científico para efectos mineros, en virtud del DS N° 129 de 1983 del Ministerio de Agricultura. Debido a ello, la realización de esas labores mineras requirió la obtención de un permiso expedido al efecto por el Presidente de la República, mediante DS N° 36 del 12 de abril de 1988, en cumplimiento de lo estatuido por las normativas vigentes con respecto a la Minera Vilacollo (Areaminera, 2002).

⁵⁵ Sociedad Contractual Minera Vilacollo, empresa controlada por Minera Can-Can SA, en la que participan la Compañía de Petróleos de Chile SA (Copec SA, 51%) y el grupo local QDS (49%). Hoy día Vilacollo está ejecutando un proyecto de 15 millones de dólares consistente en la construcción de dos túneles, uno de 120 y otro de 400 metros, destinados a la explotación subterránea del mineral sulfurado. Las obras complementarán un túnel ya existente. El proyecto tiene como objetivo explotar reservas cercanas a 1,5 millones de toneladas, con 14 gr/ton de oro equivalente, para producir cerca de 120.000 onzas anuales de oro contenidas en concentrados, a un costo del orden de 200 dólares la onza. La mina Choquelimpe fue explotada en los años ochenta en forma conjunta por la Citiminera, la Billiton plc (filial en ese momento del grupo The Royal Dutch Shell) y por la empresa canadiense Northgate Exploration Limited.

⁵⁶ Resolución Exenta N° 1062, de Minería, de 29 de mayo de 2009.

entre la Puerta y Vegas de Tapia, mientras que los terrenos restantes eran de propiedad fiscal. A su vez, la comunidad colla del río Jorquera y sus afluentes solicitó 13.236,74 hectáreas —2,93% del total demarcado en 1996— de fondos de valles y quebradas, donde había 204 vegas. No obstante, el proceso de regularización terminó reconociendo solo terrenos bajo “ocupación efectiva”, por un total de 8.622,85 hectáreas.

La situación del pueblo *diaguita* y, en particular, de los *diaguita* Huascoaltinos, no difiere de las anteriores. Estos regularizaron sus títulos de dominio en 1903, mediante un procedimiento judicial que reconoció la prescripción adquisitiva sobre las tierras. El título de dominio denominado “Estancia de los Huascoaltinos” les asignó en propiedad 377.964 hectáreas de tierras de pastoreo de uso comunitario, como también aquellas de fondo de valle en que se encuentran las tierras bajo riego de posesión familiar. Este dictamen fue ratificado, también por sentencia judicial, en 1997, a través de un procedimiento administrativo ante el Ministerio de Bienes Nacionales (Yáñez, 2004).

La regularización se aplicó a las tierras originarias de los *diaguita* Huascoaltinos, por estimarse que pertenecían a una comunidad adscrita a una legislación especial, a saber, el DFL N° 5 de 1968 y sus posteriores modificaciones, que reglamentaban la situación de las comunidades territoriales de las provincias de Atacama y Coquimbo. En la regularización del Ministerio de Bienes Nacionales se excluyeron del inmueble común todos los bienes raíces que, estando dentro de los deslindes generales del predio común, estuviesen saneados o regularizados a nombre de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado,⁵⁷ con lo cual se logró que las propiedades usurpadas dentro de la estancia y cuestionadas por los comuneros mantuvieran sus títulos de dominio, uno de los cuales lo adquirió la Compañía Minera Nevada SA (CMN), filial en Chile de Barrick Gold Corporation. En el terreno correspondiente a este título se desarrolla actualmente el proyecto minero Pascua Lama, que reseñaremos en el acápite siguiente.

El proceso de usurpación de tierras acaecido en la décadas de 1910 y 1920 se vuelve a replicar en la actualidad. En efecto, usando los mismos mecanismos de compra de derechos de estancia, particulares han creado una hacienda ficticia y la han inscrito en el conservador de bienes raíces con el nombre de “Estancia Pinte”, apropiándose de 12.089,34 hectáreas de terrenos ancestrales *diaguita*, en circunstancias que adquirieron acciones pro indivisos en las tierras comunitarias equivalentes a 0,4 hectáreas. Esta apropiación sustrae del dominio comunitario 11.951,34 hectáreas y 138 hectáreas de pequeñas propiedades indígenas.

⁵⁷ En virtud de esta norma, que regula las comunidades agrícolas, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 bis a) y 27 inciso final del DFL N° 5 de 1968 del Ministerio de Agricultura, se excluyeron del inmueble común todos los bienes raíces que, estando dentro de los deslindes generales del predio común, se encontraran saneados o regularizados a nombre de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado. Asimismo, se excluyeron los pueblos o villorrios existentes en el valle donde se emplaza la propiedad comunitaria, que son los siguientes: Juntas del Carmen; Ramadilla; El Tabaco; Punta Negra; El Terrón; Las Placetas; Las Marquesas; El Olivo; Chiguinto; Las Pircas; Los Perales – Alto y Bajo; Chancoquín Chico, Chancoquín Grande; El Tránsito; La Fragua; La Arena Alta y Baja; Pinte; La Angostura; La Pampa; El Parral; La Plata; Los Tambos; Quebrada de Colpes; Conay; Chollay; Pachuy; Albaricoque; Malaguín; El Corral; Juntas de Valeriano.

La consolidación del dominio de la “Estancia Pinte”, amenaza directamente el patrimonio de pequeños propietarios de los sectores de Pinte, La Plata, La Arena y La Angostura, e importantes porciones de terrenos comunes de la Estancia de los Huascolatinos. En el caso de Pinte, en la actualidad están amenazados 88 predios pertenecientes a 43 pequeños propietarios, cuyas propiedades abarcan una superficie total de 138 hectáreas. El resto de la quebrada es de propiedad comunitaria y está amparada en la inscripción de dominio de la Estancia de los Huascoaltinos.

La Comunidad *Diaguíta* de los Huascoaltinos, con la asesoría legal del Observatorio Ciudadano, interpuso acción reivindicatoria la que fue desechada por el Segundo Juzgado de Letras de Vallenar, sentencia que fue notificada el 24 de marzo del presente año 2009. La sentencia será impugnada a través de un recurso de apelación y un recurso de casación en la forma.

Conclusión

El concepto de la propiedad indígena está hoy claramente definido en el derecho internacional relativo a los pueblos indígenas a través de convenios internacionales de los que Chile es parte, de declaraciones referidas a derechos de los pueblos indígenas, así como de la interpretación que órganos de tratado han dado a estos derechos a través de sus decisiones u informes autorizados. Así el Convenio 169 de la OIT ratificado por Chile dispone que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (art. 14.1), estableciendo que “los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” (Art. 14.2). El mismo convenio obliga a los estados a instituir “...procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.” (art. 14.3).

La Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas aprobada el 2007 con el voto favorable del Estado de Chile, junto con reconocer el derecho que estos pueblos tienen “...a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma” (Artículo 26.2), dispone que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 28.1)

En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos se ha ido estableciendo una rica jurisprudencia relativa al derecho de propiedad de los pueblos indígenas concibiendo este, en atención a sus identidades y culturas, como un derecho de naturaleza comunal, por lo mismo de carácter colectivo. Así en el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, la Corte Interamericana reconoció el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, la validez de la posesión de la tierra

basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas, y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. En años posteriores la Corte ratificó su interpretación sobre el alcance del derecho de propiedad de los pueblos indígenas reconociendo los derechos de carácter comunal sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaka* en Paraguay. En ambos casos la Corte se dio prioridad al derecho de propiedad comunal indígena por sobre la propiedad privada, sin perjuicio de la indemnización al propietario de buena fé. Igualmente relevante, la Corte sostuvo que los derechos de propiedad indígena sobre sus tierras ancestrales no se extinguen mientras estas mantengan su relación con sus tierras, ya sea material o espiritual, persista. En los mismos casos la Corte establece que los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos naturales que han usado tradicionalmente en sus tierras.

En la decisión del caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam* el 2007 la Corte se pronuncia además con respecto a los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios de este pueblo, sosteniendo, en una interpretación progresiva, que los Estados tienen la obligación no solo de consultarlo, sino también de obtener su consentimiento libre previo e informado, según sus costumbres y tradiciones. Al amparo del artículo 21.2 de la Convención,⁵⁸ dispone que este pueblo tiene derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia.

Consistentemente con ello, en los últimos años diversos órganos e instancias del sistema de Naciones Unidas han manifestado su preocupación relativa a la situación de las tierras antiguas y/o ancestrales de los pueblos indígenas en Chile, recomendando que estas sean consideradas en la política del Estado

En el año 2007 el Comité de Derechos Humanos de la ONU, al analizar el informe periódico de Chile relativo al cumplimiento del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, manifestó su preocupación por cuanto "... las reivindicaciones de los pueblos indígenas, principalmente del pueblo Mapuche, no han sido atendidas y ante la lentitud de la demarcación de las tierras indígenas, lo que ha provocado tensiones sociales." En el mismo ámbito el Comité "lamenta la información de que las "tierras antiguas" continúan el peligro debido a la expansión forestal y megaproyectos de infraestructura y energía." En la misma ocasión recomendó a Chile "realizar todos los esfuerzos posibles para que sus negociaciones con las comunidades indígenas lleve efectivamente a encontrar una solución que respete los derechos sobre las tierras de estas comunidades" así como "... agilizar los trámites con el fin de que queden reconocidas tales tierras ancestrales." ⁵⁹

⁵⁸ "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley." Art 21.2 Convención Americana.

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos ONU, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos al informe de Chile, 26/2/2007.

En su informe preliminar luego de su venida a Chile el Relator Especial James Anaya en abril de 2009 reconoció los esfuerzos del Gobierno en materia de los derechos de los indígenas sobre la tierra, pero a la vez “señala la necesidad de establecer un mecanismo efectivo para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales que se basan en la ocupación y uso tradicional, de acuerdo con las normas internacionales relevantes”⁶⁰.

La desprotección en que se encuentran las tierras ancestrales de los pueblos indígenas fue también objeto de preocupación de diversos Estados en la reciente revisión periódica universal realizada por el Consejo de Derechos Humanos en mayo pasado. Lamentablemente, el Estado de Chile sigue sin escuchar a dichas entidades, y sus recomendaciones, manteniendo una política que no tiene como prioridad la protección de la propiedad ancestral indígena, tierras que siguen expuestas a proyectos de inversión que proliferan en ellas como veremos más adelante en este informe.

Recomendaciones:

- Impulsar una revisión de la política pública hasta ahora desarrollada en materia de tierras indígenas por el Estado, teniendo presente para ello las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos (2007) y del Relator Especial James Anaya (2009) estableciendo un mecanismo efectivo para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales basados en la ocupación y uso tradicional, de acuerdo con las normas internacionales relevantes.
- Destinar a CONADI recursos suficientes de modo de hacer posible este objetivo.

b) Megaproyectos en territorios indígenas y discriminación racial

18. Sírvanse indicar si ha sido modificada la legislatura sectorial sobre la tierra, el agua, las minas y otros sectores que puedan estar en conflicto con disposiciones de la Ley Indígena, tal como ha sido recomendado por diversos actores y especialistas internacionales en materia de derechos humanos. ¿Qué medidas han sido tomadas por el Estado parte para garantizar que primará el principio de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas por encima de los intereses comerciales y económicos particulares.

En forma paralela al desarrollo de la política sectorial impulsada por CONADI a través de su FTAI, el Estado de Chile, en consonancia con su política de expansión de la economía global hacia los territorios indígenas, ha dado su aval a numerosos proyectos de inversión extractivos o de infraestructura impulsados por privados nacionales o extranjeros, que por su magnitud han sido conocidos como megaproyectos, en territorios ancestrales de los pueblos indígenas. La materialización de estos proyectos, la que ha sido posible gracias a las insuficiencias de la

⁶⁰ Relator Especial James Anaya, *El Relator Especial de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas concluye visita a Chile*, 9 de abril de 2009.

legislación vigente para dar protección a los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales y para proteger el medio ambiente, se ha verificado muchas veces sin procesos de información y consulta adecuados a los pueblos indígenas afectados, mucho menos con su consentimiento, y sin que estos participen de los beneficios que estos generan. Por ello han sido fuertemente resistidos por los pueblos indígenas. Su concentración en territorios de propiedad legal o ancestral indígena ha sido considerada como una forma de discriminación racial, dando origen, como en el caso de los vertederos y plantas de tratamiento de aguas servidas en tierras de comunidades mapuche en la Araucanía, a una acción urgente frente a este Comité.

b.1.) Proyectos de inversión en el territorio del pueblo mapuche

A continuación se hace un análisis de los principales proyectos de inversión en territorios de los pueblos indígenas, así como de sus consecuencias para los pueblos indígenas.

b.1.1.) Las Centrales Hidroeléctrica de SN Power y los otros proyectos Hidroeléctricos (Endesa y Colbun) en territorio mapuche

Los proyectos que pretende implementar SN Power (empresa estatal noruega) en territorio *mapuche* son los siguientes: Reyehueico (34 MW), Pellaifa (75 MW), Liquiñe (118 MW) en la comuna de Panguipulli y Maqueo (400 MW), Futrono y Lago Ranco.

Las centrales hidroeléctricas que se proyectan en la zona son del tipo "a filo de agua" o "de pasada". Las cuatro serían construidas y operadas por la estatal Noruega SN POWER. De acuerdo a la información proporcionada por la empresa, este tipo de plantas utilizan parte del flujo de un río para generar energía eléctrica. Teóricamente operan en forma continua porque no tienen capacidad para almacenar agua y no disponen de embalse, no obstante el Gerente para Latinoamérica Nils Huseby informó a las comunidades afectadas que dependiendo de la ingeniería final, se inundarán entre 100 y 300 hectáreas por proyecto. El objetivo de la inundación es crear tranques que almacenen agua y permitan descargarla en las horas de punta, en que la energía alcanza mayor precio favoreciendo la rentabilidad del negocio.

Comunidades *mapuche*, campesinos y pobladores se han opuesto a la construcción de estos proyectos en sus territorios, pues impactan directamente sus formas de vida, costumbres y economías, ya que el principal sustento de estas personas son las iniciativas turísticas en una zona rica por sus termas saludables y medicinales, en medio de un paisaje único.

Cabe consignar que SN POWER, obtuvo recientemente la concesión eléctrica y que los derechos de agua fueron constituidos en el año 1999, usurpando derechos de agua de uso tradicional que prestan servicios ambientales insustituibles a las comunidades aledañas. Los principales ríos en peligro de intervención son: Liquiñe, Lizan, Paimún, Rañintuleufu, Chanlin, Conoco. Algunas de las comunidades afectadas son comunidades *mapuche* del Valle de Liquiñe y de Rupumeika.

Existen otros proyectos hidroeléctricos, además de los reseñados, que se proyectan en territorio *mapuche*, siendo las empresas ejecutoras de dichos proyectos ENDESA/España y Colbun.

Cabe tener presente que ENDESA posee en Chile el 88% de los derechos sobre las reservas de agua y que goza de tratamiento preferencial en la legislación chilena. En efecto, la reforma al Código de Aguas, Ley N° 20.017 de junio del 2005, que se pronuncia sobre ciertas regulaciones y restricciones al mercado de aguas, instauró un cobro de patente por no uso de las aguas, cuyo objetivo es desincentivar el acaparamiento y la especulación, liberando expresamente y por un plazo de siete años a las empresas hidroeléctricas que operen en el extremo austral del país (Provincia de Palena, región de Aysén y Magallanes). La legislación de aguas establece que dicha patente se cobrará en los casos en que no existan obras de captación de aguas y se regirá por una tabla diferenciada por zonas, que depende de la condición de escasez del área geográfica. Esta legislación no exime expresamente a las comunidades indígenas del pago de patente.

b.1.2.) Expansión de la actividad forestal

De acuerdo a los antecedentes proporcionado por *Forest Ethics*, en el marco de una investigación conjunta con el Observatorio de Derechos de Los Pueblos Indígenas (Sanger y otros, no publicada), los impactos de la explotación forestal sobre las aguas indígenas es crítica.

Durante los últimos 15 años, las comunidades que habitan en los alrededores de las plantaciones forestales en Chile han informado de la severa reducción de los flujos en los cursos de aguas de los que han dependido para consumo humano, el desarrollo de sus actividades agrícolas y ganaderas y la preservación de su hábitat. También en las áreas en las que se han concentrado las plantaciones las comunidades han observado un incremento de inundaciones durante las últimas décadas.

La política de monocultivo de plantaciones forestales en Chile ha significado el reemplazo de los bosques nativos y consecuentemente la generación de situaciones de sequía en el territorio. Es ejemplificador que la comisión de Sequía en Chile, que tradicionalmente se reunía en el norte chico del país - zona agrícola con bajos índices de pluviosidad - hoy se reúna en Lumaco, en pleno territorio *mapuche*, donde durante la temporada estival se provee de agua a las comunidades a través de camiones aljibes.

b.1.3.) Proyectos en territorio mapuche: casos de racismo ambiental

Sucede con frecuencia que las violaciones a los derechos humanos no siempre son distribuidas de la misma forma entre todos los miembros del cuerpo social. Dependiendo de una multiplicidad de factores⁶¹, determinados grupos de la población –generalmente

⁶¹ Entre los cuales destacan las características geográficas y climáticas de un determinado sector; los diseños territoriales que determinen la ubicación de zonas industriales, de áreas verdes, de zonas residenciales, etc.; los índices de pobreza y las reglas de distribución de la riqueza en una determinada sociedad; el diseño y ejecución de políticas públicas que repercutan en el ámbito económico, social, cultural y ambiental; entre otros.

personas de escasos recursos y minorías étnicas- o determinados sectores geográficos –que suelen coincidir con los lugares en donde se ubican aquellos grupos vulnerables-, terminan por asumir inequitativa y desproporcionadamente las cargas ambientales que se generan. En otras palabras, las diversas limitaciones o restricciones al goce y ejercicio del derecho a la vida, a la salud o el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no siempre se distribuyen conforme a parámetros de equidad.

El fenómeno anterior, además de repercutir negativamente sobre los derechos fundamentales involucrados (vida, salud, agua, etc.), importa una afectación concreta sobre el principio de igualdad y la garantía de no discriminación que, en materia ambiental, adquieren forma y sentido a través del concepto de *justicia y discriminación ambiental*.

Pese a que ha sido la propia Presidenta de la República quien lo ha incorporado al discurso político-ambiental al señalar, en el marco de la segunda reunión de la Comisión para una Sociedad Mundial Sustentable celebrada en nuestro país, que “*Es indispensable avanzar a nivel global en una política ambiental basada en la equidad, con especial atención a quienes resultan directamente afectados que son los países más pobres, los más débiles y vulnerables*”⁶², los hechos del 2008 demuestran que tal equidad en la repartición de las cargas no es real.

Ahora bien, el concepto de *justicia ambiental* presenta dos esferas distintas aunque relacionadas entre sí: por un lado, está el aspecto del tratamiento justo que tiene directa relación con la idea de *justicia distributiva*; y, por el otro está el aspecto de la participación significativa que apunta, a su vez, a la idea de *justicia participativa*.⁶³

b.1.3.1.) Instalación de plantas químicas de tratamiento de aguas servidas en territorio mapuche⁶⁴.

En la Región de la Araucanía se propagan plantas de tratamiento primario, cuestionadas por sus dañinos efectos ambientales a consecuencia del uso de químicos para el tratamiento de las aguas servidas o “negras” provenientes del uso doméstico, comercial e industrial. La construcción de estas plantas y su administración fue adjudicada a la empresa Aguas Araucanía, del holding aguas Nuevas (grupo Solari).

El objetivo del proyecto es efectuar el tratamiento de las aguas servidas de la región

⁶² “Michelle Bachelet aboga por política ambiental equitativa”, en *El Diario Financiero*, 24 de marzo de 2008.

⁶³ En concordancia con lo dicho, se tiene que la noción de *justicia ambiental* dice relación con la equitativa distribución de las externalidades ambientales negativas que se generan en toda sociedad. Ahora, cuando esa distribución no responde a parámetros de equidad y proporcionalidad y, como consecuencia de aquello, la degradación ambiental es asumida –casi invariablemente a lo largo del tiempo- por determinados grupos de personas que, por no ejercer poder económico, político o social alguno, se ven imposibilitados de implementar mecanismos de presión destinados a salvaguardar sus intereses y/o a ejercitar adecuadamente sus derechos, se debe entender que se está en presencia de una *discriminación ambiental*.

⁶⁴ Seguel, Alfredo, 2006. “Plantas de aguas servidas: Chile, gran exportador de biofiltros (lombrices); y la IX Región, gran importador de químicos. Plantas Biologicas vs Plantas Quimicas en el tratamiento de las aguas servidas de la IX Region”, disponible en: <http://www.olca.cl/oca/chile/region09/aguas07.htm>.

mediante 17 Plantas, de las cuales hasta el momento se han construido 3 (Chol Chol, Gorbea, Renaico); y otras como las de Temuco (15 % de construcción), Villarrica y Toltén, se encuentran temporalmente paralizadas por las acciones legales presentadas por las comunidades afectadas.

El fundamento de la oposición a la construcción de estas plantas es, por una parte, la discriminación debido a que todas ellas se localizan en territorio perteneciente a comunidades *mapuche* y, asimismo, el tipo y calidad de las plantas, de tratamiento primario, lo que supone uso de químicos en el proceso de tratamiento. Las plantas primarias, proceden separando la materia suspendida por medios mecánicos. Su eficiencia es limitada, solo en condiciones de funcionamiento óptimo podría llegar a tratar las aguas depurándolas entre un 30 al 40% solamente. El proceso utiliza una laguna artificial, donde se vierte el agua servida, a la que se aplica organoclorados generando una reacción química de alto riesgo, ya que por la interacción del cloro con la materia orgánica estos compuestos se convierten en tóxicos. Las plantas de tratamiento primarias, además, generan grandes cantidades de lodos que son inutilizables y contaminan.

La principal preocupación de las comunidades afectadas “es que se viertan químicos peligrosos para la calidad de nuestras aguas, lo que podría afectar la biodiversidad de los ríos y lagos de nuestro territorio, las actividades agropecuarias y nuestra salud, agravando las condiciones en que están nuestras tierras por el deterioro producido por los vertederos, así como por la actividad forestal, hidroeléctrica y el desagüe de los desechos tóxicos de grandes industrias (...)”⁶⁵.

Igualmente, los afectados han manifestado su preocupación y malestar porque algunas plantas de tratamiento se han instalado sobre territorios de inapreciable valor cultural para las comunidades. Este es el caso, por ejemplo, de la planta de tratamiento de aguas servidas de Villarrica que, de acuerdo con lo señalado los miembros de las comunidades afectadas, “(...) se instaló en un terreno que es patrimonio cultural. Allí se celebró hace 100 años uno de los encuentros más grandes del pueblo mapuche. Y reconocido esto por el Consejo de Monumentos y con una resolución de la Corte Suprema, aún así la planta de tratamiento se instaló acá”⁶⁶.

La alternativa es promover plantas de tratamiento con biofiltros, lo que hasta la fecha no ha sido considerado por la autoridad.

Diversas organizaciones indígenas y de sociedad civil, presentaron una acción ante el Comité sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación por medio de la cual plantean a esta instancia que en el caso descrito se ha generado una situación de racismo ambiental.

⁶⁵ *Ibid*

⁶⁶ “Mapuches acusan al Estado chileno de racismo ambiental”, en *La Nación*, 24 de junio de 2008.

b.1.3.2.) Basurales en la Araucanía

En tiempos en que el Estado de Chile acaba de ser elegido miembro del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el mismo debe dar respuesta a una denuncia interpuesta por racismo y discriminación socio-ambiental en su contra ante el Comité de Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de las Naciones Unidas.⁶⁷

El trasfondo de la interposición de esta denuncia encuentra justificación en lo perjudiciales que han resultado ser para los territorios y ecosistemas de las comunidades mencionadas, así como para la calidad de vida y la salud de sus miembros, la ejecución de determinadas políticas públicas⁶⁸. Claro ejemplo de esto lo constituye la ubicación de los basurales de las comunas de Galvarino, Gorbea, Nueva Imperial, Loncoche, Melipeuco, Perquenco, Pitrufulquén, Pucón, Puerto Saavedra, Teodoro Schmidt, Temuco, Vilcún, Villarrica, Ercilla, Los Sauces, Lumaco, Purén, Lautaro, que se sitúan al interior, contiguamente o en las cercanías de comunidades mapuches; y los de las comunas de Cunco, Freire y Traiguén, que se ubican próximos a poblaciones de campesinos de escasos recursos⁶⁹. Otro tanto sucede con la reciente instalación de diversas plantas de tratamiento de aguas servidas – varias de las cuales son químicas- o con las expansiones urbanas y proyectos inmobiliarios que lo hacen hacia los terrenos de las comunidades.

Corroboran estos hechos las reveladoras cifras que indican que en la Región de la Araucanía cerca del 20% de la superficie total de la Región corresponden a territorios mapuche, grupo étnico que representa alrededor del 25% del total de la población en la misma Región. No obstante lo anterior, esta proporcionalidad no se condice con el hecho de que el 70% de los vertederos se ubiquen al interior o en zonas contiguas a las comunidades mapuche, donde se depositan mensualmente más de once mil trescientas toneladas de basura de las dieciséis mil que se generan en la mayoría de las treinta y dos comunas que existen en la Región⁷⁰. De igual forma, el 100% de las plantas químicas de tratamiento de aguas servidas se han instalado sobre suelo mapuche, con los consecuentes riesgos para la población y el ecosistema que actividades de esta naturaleza involucran⁷¹, tales como el manejo y disposición de lodos y la emanación de olores.

⁶⁷ “La advertencia de la ONU a Chile por discriminación ambiental”, en *El Mercurio*, 15 de junio de 2008.

⁶⁸ “Racismo Socio Ambiental: Estado de Chile y su impresentable situación de Derechos Humanos con el Pueblo Mapuche”, en *Mapuexpress.net*, 11 de febrero de 2008, en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=2608>, sitio visitado el 20 de febrero de 2008.

⁶⁹ “Conflicto público de basurales en territorio Mapuche”, en *La Novena.cl*, 12 de febrero de 2004, en <http://www.lanovena.net/content/view/5772/4/>, sitio visitado el 22 de febrero de 2008.

⁷⁰ Véase Alfredo Seguel, *Basurales en comunidades mapuche: Un conflicto latente en la Región de la Araucanía*, Corporación Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), Santiago, 2003, p. 7. También véanse los antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas espera a Estado de Chile por grave denuncia de Racismo Socio Ambiental en la Región de la Araucanía”, en *El Ciudadano*, 2 de marzo de 2008, en <http://www.elciudadano.cl/2008/03/02/naciones-unidas-espera-a-estad/>, sitio visitado el 7 de marzo de 2008.

⁷¹ “Racismo Socio Ambiental: Estado de Chile y su impresentable situación de Derechos Humanos con el Pueblo Mapuche”, en *Mapuexpress.net*, 11 de febrero de 2008, en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=2608>, sitio visitado el 20 de febrero de 2008.

El complejo panorama de los basurales en la región se remonta a comienzos de la década del 90' cuando, ante la falta de legislación ambiental e indígena adecuada, los municipios de Temuco, Gorbea, Lumaco, Perquenco, Melipeuco, Pitrufquen, Loncoche, Nueva Imperial, Vilcún, Cunco, Carahue, Collipulli y Traiguén, instalaron vertederos al interior de comunidades mapuche. Parte de las repercusiones negativas de estas lagunas legales son que, actualmente, de los veintiocho basurales que se instalaron en la Región quince ya cumplieron su vida útil (es decir, expiró su año de cierre); nueve se encuentran sin autorización sanitaria, ya que la mayoría de ellos obtuvieron sus autorizaciones con anterioridad a la entrada en vigencia de normativas ambientales y de la Ley Indígena (Ley N° 19.253); y veinticinco se encuentran sin Resolución de Calificación Ambiental (RCA)⁷².

Fuera de los impactos culturales que han generado estas prácticas (se piensa en los impactos sobre la noción de *territorialidad* que tienen los pueblos indígenas⁷³), se evidencian preocupantes implicancias ambientales y económicas sobre estas comunidades. Así, la contaminación de los cursos de aguas superficiales y subterráneas (muchos de los vertederos se ubican a escasos metros de fuentes importantes de agua) y la generación de focos infecciosos no sólo han dañado la calidad de los terrenos y puesto en riesgo la salud y la vida de las personas que viven en las cercanías de los vertederos y del ganado (indispensable para su subsistencia), sino que, también, ha amenazado sus posibilidades de acceso al agua potable. Como han señalado algunos miembros de las comunidades que interpusieron la denuncia, se “ha afectado el desarrollo de nuestras actividades productivas tradicionales, nuestra sustentabilidad, la práctica libre de nuestra cultura, nuestra dignidad, salud e integridad física y psicológica, nuestra autoestima y también nuestra vida”⁷⁴.

Agregan los afectados que “Hay gente que está viviendo y respirando al lado de la basura todos los días del año. (...) En Temuco, el vertedero de Boyeko se encuentra a 120 metros de la Escuela Básica, pese a que la legislación pide como mínimo 300”⁷⁵. De hecho, el acontecimiento más grave que se ha registrado hasta ahora, fue la muerte del menor de cuatro años Aquiles Rodrigo Epul Huitraqueo, en agosto de 2000. El menor, que vivía

⁷² Antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas espera a Estado de Chile por grave denuncia de Racismo Socio Ambiental en la Región de la Araucanía”, en *El Ciudadano*, 2 de marzo de 2008, en <http://www.elciudadano.cl/2008/03/02/naciones-unidas-espera-a-estad/>, sitio visitado el 7 de marzo de 2008.

⁷³ Para hacerse una idea de lo que comprende la noción de *territorialidad* conviene hacer mención al fallo del caso de la comunidad indígena Yakye Axa v/s Paraguay. En éste la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Sentencia Yakye Axa, párrafo 135.

⁷⁴ Antecedentes obtenidos de la denuncia presentada ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial contenida en “Naciones Unidas espera a Estado de Chile por grave denuncia de Racismo Socio Ambiental en la Región de la Araucanía”, en *El Ciudadano*, 2 de marzo de 2008, en <http://www.elciudadano.cl/2008/03/02/naciones-unidas-espera-a-estad/>, sitio visitado el 7 de marzo de 2008.

⁷⁵ “Mapuches acusan al Estado chileno de racismo ambiental”, en *La Nación*, 24 de junio de 2008.

cerca del vertedero Boyero, se cortó en uno de sus pies y fue curado con hierbas medicinales contiguas al basural⁷⁶.

b.1.3.3. Proyectos pesqueros y la comunidad mapuche-huilliche Pepiukëlen de Pargua

Al igual con lo que ocurre con los vertederos y las plantas de tratamiento de aguas servidas ubicadas en la Región de la Araucanía, el caso de la comunidad mapuche-huilliche Pepiukëlen de Pargua Alto, Región de los Lagos, también posee la particularidad de dar cuenta de una inequidad ambiental que ha sido puesta en conocimiento de importantes organismos internacionales, particularmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos. A comienzos del año 2007, y luego de un infructuoso peregrinaje por tribunales nacionales, las veinte familias que integran la comunidad mapuche-huilliche Pepiukëlen (que en mapudungún quiere decir “*los que defienden con el corazón*”), se vieron obligados a solicitarle a la CIDH la adopción inmediata de medidas cautelares. Dicha solicitud tenía por objeto el proteger la vida e integridad física y psíquica de los miembros de la comunidad, en razón del riesgo de desplazamiento y migración forzada, como resultado de la aprobación, por parte de la autoridad pública, del proyecto de la empresa pesquera Los Fiordos Ltda. –perteneciente al Consorcio Agrosuper. Este proyecto, ya en ejecución, se emplazaba a escasos treinta metros de sus hogares y tenía por objeto instalar una planta de harina de pescado y de alimentos para pescado.

Igualmente, los peticionarios le solicitaron a la Comisión “la remisión de una urgente comunicación al Estado de Chile para que (1) adopten medidas urgentes que signifiquen el cese inmediato de la actividad de la empresa Los Fiordos, (2) que el Estado de Chile dé instrucciones para la protección del territorio indígena ancestral de la comunidad Pepiukëlen, (3) que garantice la vida, la seguridad y la integridad física y psíquica de la comunidad y de sus miembros, debiendo el Estado de Chile informar de estas medidas a la CIDH por la vía más rápida y efectiva, reestableciendo a la brevedad la vigencia efectiva del derecho a la vida, integridad física y psíquica, salud y otros derechos fundamentales de los afectados y afectadas y, en especial, (4) se solicita que el Estado de Chile envíe un informe sobre la situación de la comunidad Pepiukëlen y el estado de las medidas adoptadas para garantizar la vida e integridad de la comunidad en sus territorios⁷⁷.”

Se ha sostenido por los denunciantes que el Estado de Chile, al aprobar los proyectos de las empresas salmoneras en Pargua, a escasos metros de las casas de la comunidad indígena, ha incumplido las obligaciones de respeto, garantía y protección contenidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referidas a los derechos consagrados en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías

⁷⁶ *Ibid*

⁷⁷ “Declaración Pública Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen”, en *Observatorio.cl*, 23 de febrero de 2007, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20070223000357>, sitio visitado el 7 de marzo de 2008.

judiciales y debido proceso), 16 (libertad de asociación), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial), de la misma Convención⁷⁸.

Si bien los hechos de la solicitud se referían a la pesquera Los Fiordos, también lo eran respecto de otra empresa pesquera (Long Beach) que, en enero de 2004 y en una polémica votación marcada por la inasistencia de sus miembros, obtuvo la autorización de la Corema de la Región de los Lagos para instalar una fábrica de harina y aceite de pescado. Sin embargo, en marzo de 2006, la misma Corema aprobó otro proyecto en el mismo lugar para una nueva empresa pesquera (Los Fiordos), ya que su antecesora finalmente no se instaló. A este proyecto, pese a que debía evaluarse ambientalmente por un Estudio de Impacto Ambiental (EIA)⁷⁹, sólo se le exigió una Declaración de Impacto Ambiental (DIA)⁸⁰, aunque con posterioridad la propia Contraloría Regional de Los Lagos dictaminó llevar a cabo un EIA. Con todo, y a pesar de lo establecido por la Contraloría, la Corema desatendió la indicación de esa entidad y en julio de 2006 decidió aprobar el proyecto de la pesquera, pese a que no se ajustó en su evaluación a lo que exige la ley y el reglamento vigente, en lo que al sometimiento a un EIA dice relación⁸¹.

Dentro de los efectos negativos que ha debido padecer la comunidad, como consecuencia de la instalación de una planta de harina de pescado y de alimentos para pescado, se pueden destacar aquellos que dicen relación con la baja en los rendimientos de los cultivos. Éstos se han visto perjudicados por las obras industriales que ya ha comenzado a realizar la pesquera Los Fiordos, al punto de señalar los afectados que “este año la siembra de papas disminuyó bastante, en relación a años anteriores, también los árboles frutales y todo el campo se ve cada vez más afectado por la sequía que se ha producido por las excavaciones que ellos hicieron y sabemos que esto se ira acentuando día a día”⁸². La comunidad indígena igualmente ha acusado graves problemas de salud entre sus miembros, quienes

⁷⁸ “Comunidad mapuche/huilliche emplaza al Estado a responder con la verdad Ante la CIDH”, en *Mapuexpress.net*, 24 de septiembre de 2007, en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=1976>, sitio visitado el 6 de marzo de 2008.

⁷⁹ Según el artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, requerirán un EIA los proyectos que importen “*Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos*”.

⁸⁰ De acuerdo con el artículo 2 letra f) de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se entenderá por *Declaración de Impacto Ambiental* “*el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes*”. Mientras que la letra i) del mismo artículo define el *Estudio de Impacto Ambiental* como “*el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos*”.

⁸¹ “Declaración Pública Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen”, en *Observatorio.cl*, 23 de febrero de 2007, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20070223000357>, sitio visitado el 7 de marzo de 2008.

⁸² “Comunidad recurre a justicia internacional contra salmoneras”, en *Ecoceanos News*, 16 de febrero de 2007, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20070216202109>, sitio visitado el 10 de marzo de 2008.

han declarado que “producto de todo esto, tenemos personas con problemas nerviosos, con depresión, producto de lo que uno ve a los alrededores”⁸³. Según ha declarado el propio Lonko de la comunidad, Manuel Vera Millaquén, “los animales ya no pueden andar libremente, los manzanos y los ciruelos se encuentran secos, se ha reducido toda la producción y tenemos una calidad de vida disminuida. Además, muchos miembros de la comunidad se han visto forzados a emigrar en búsqueda de otras fuentes de trabajo”⁸⁴.

Por otro lado, un nuevo episodio de este conflicto se comenzó a escribir luego de que la empresa iniciara la instalación de cámaras de vigilancia y la construcción de un muro divisorio de tres metros de altura entre los dos predios⁸⁵. Frente a lo anterior, representantes de la comunidad interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt el 20 de diciembre de 2007, fundado en que con la construcción del muro se les estaba condenando a vivir encerrados en sus propias casas y que con las cámaras se les invade su privacidad, ya que son vigilados constantemente. De hecho, según relata el Lonko de la comunidad, “una de las cámaras da directamente a su casa y ellos están al tanto de todo lo que sucede en el interior, incluso pueden ver qué es lo que uno está comiendo”⁸⁶. El recurso fue rechazado y, posteriormente, confirmado por la Corte Suprema. La empresa, sin perjuicio de lo anterior, y ante la dictación de una orden de no innovar por la mencionada Corte (referente a las cámaras y a la construcción del muro), siguió adelante con sus trabajos de construcción. Este incumplimiento de la empresa acrecentó la molestia entre los comuneros al punto de haber protagonizado, el 15 de febrero de 2008, un violento enfrentamiento con trabajadores de una empresa subcontratista que realizaba estas labores para la empresa pesquera⁸⁷.

Lo interesante de este caso es que si bien la venia de la autoridad puede encontrar justificación en razones pro-desarrollo o pueden responder a la ejecución de políticas públicas definidas hace años, o incluso cuando la autorizaciones a determinados proyectos se enmarquen completamente dentro de la legalidad, todavía es posible –sino necesario– plantear la inquietud relativa a que sistemática y repetitivamente son determinados grupos de la sociedad quienes deben lidiar con las externalidades ambientales negativas que generaría la industria salmonera de la Región de los Lagos.

Como se ha visto, este argumento no se agota en este caso ni es exclusivo de él. Es también extrapolable a otros emblemáticos sucesos relacionados con discriminación ambientales,

⁸³ *Ibid*

⁸⁴ Entrevista telefónica efectuada con fecha 23 de mayo de 2008, por uno de los investigadores del equipo de la UDP a cargo de este capítulo.

⁸⁵ “Comunicado de prensa, comunidad mapuche-huilliche Pepiukelen de Pargua”, en *Observatorio.cl*, 20 de febrero de 2008, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20080221093252>, sitio visitado el 11 de marzo de 2008.

⁸⁶ Entrevista telefónica efectuada con fecha 23 de mayo de 2008, por uno de los investigadores del equipo de la UDP a cargo de este capítulo.

⁸⁷ “Comunicado de prensa, comunidad mapuche-huilliche Pepiukelen de Pargua”, en *Observatorio.cl*, 20 de febrero de 2008, en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20080221093252>, sitio visitado el 11 de marzo de 2008.

especialmente con aquella que deben padecer los pueblos indígenas, ya que muchas veces los conflictos ambientales suelen solucionarse en contra de sus intereses y derechos. En efecto, según lo que el relator especial de la ONU para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas ha hecho ver en sus informes temáticos anuales, eso fue lo que ocurrió con la central hidroeléctrica instalada en Ralco, lo cual “ilustra claramente las tensiones sociales que surgen entre un modelo de desarrollo modernizador y los costos sociales, ambientales y culturales que debe soportar el pueblo que carga con el peso de esa transformación económica”⁸⁸.

Otro tanto es lo que sucede con las inconsistencias que se dan entre la legislación indígena y las diversas leyes sectoriales (sobre minas, aguas, pesca, bosques, etc.), cuya aplicación puede resultar perjudicial para los derechos de las comunidades indígenas, tal como aconteció con la comunidad diaguita de los Huascoaltinos que ha visto amenazados sus derechos territoriales y al agua por la ejecución del proyecto minero de Pascua Lama⁸⁹, como se verá en las siguientes secciones de este informe.

b.1.4.) Contaminación de cursos de río por plantas de celulosa (CELCO S.A., celulosa Arauco), siendo el caso más emblemático la contaminación del Sitio Ramsar Río Cruces en territorio de comunidades *Lafkenche*⁹⁰

La planta de celulosa CELCO arroja sus desechos industriales (sulfatos) al río Cruces, hecho que provocó uno de los mayores desastres ambientales acaecidos en Chile, con la muerte de la fauna y flora existentes en el lugar, los que están amparados por la Convención Ramsar⁹¹ como humedal de relevancia internacional. Los estudios científicos han concluido, sin excepción, que los vertidos de sulfato causaron el desastre ecológico y mataron a cientos de cisnes de cuello negro que tienen su hábitat en el santuario.

En el 2005, el estudio liderado por el científico de la Universidad Austral, Eduardo Jaramillo, provocó el cierre temporal de la planta. En esa oportunidad la autoridad ambiental exigió a CELCO reducir la producción del 100% al 80% hasta que presente, dentro de un año, una alternativa de descarga de riles que no sea el lecho del río.

La solución propuesta por la empresa para verter los riles contaminantes es la construcción de un ducto al mar, directamente al territorio *lafkenche*, afectando en particular a las comunidades indígenas y de pescadores existentes en las localidades de Mehuin, Mehuin

⁸⁸ “Relator ONU publica crítico informe sobre realidad mapuche”, en *El Mercurio*, 12 de febrero de 2008.

⁸⁹ Ibid. El ya definitivamente aprobado proyecto minero Pascua Lama contempla la explotación de yacimientos de minerales de oro, plata y cobre en la Región de Atacama, justo en límite fronterizo con Argentina (de ahí que sea un proyecto binacional). Este proyecto fue ampliamente publicitado luego de que se afectaran tres glaciares que alimentaban las escasas fuentes hídricas del sector. Para mayor información se recomienda ver Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007*, pp. 183-185.

⁹⁰ Valencia, Antonio 2006, disponible en:

http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20060622/pags/20060622211623.html

⁹¹ Convención sobre los Humedales, firmada en Ramsar, Irán, en 1971. Tratado internacional que sirve de marco para la acción nacional y la cooperación internacional en pro de la conservación y uso racional de los humedales y sus recursos.

Alto, Misisipi, Maiquillahue, Chan Chan y Qillalhue, en la comuna de San José de la Mariquina.

La autoridad ambiental dispuso que continuara la descarga de riles al río hasta que la firma presente, en abril del año 2007, el estudio de impacto ambiental. Si éste es aprobado, se daría paso a la construcción de un ducto al mar. La aprobación del EIA está pendiente y mientras tanto sulfato y otros contaminantes se descargan al río cruces impactando todos los ecosistemas aledaños a la planta.

Si bien la autoridad ha adoptado medidas para enfrentar la crisis ambiental, entre las que destaca la obligación impuesta a la empresa de someterse al monitoreo de dos auditorías licitadas por el Estado de Chile y pagadas por CELCO, adjudicadas a las consultoras Knight Piésold y el Centro Nacional de Tecnologías Limpias de Brasil, lo cierto es que no hay información pública sobre los reales niveles de contaminación del río y las acciones judiciales impulsadas a través del Consejo de Defensa del Estado están restringidas a obtener la reparación e indemnización por daño, pero no a evaluar la pertinencia ambiental y social de la industria.

La intención de CELCO de instalar el ducto en Mehuin, en un principio generó una férrea oposición por parte de los habitantes de la zona (pescadores y comunidades mapuche *lafkenche*), hasta que a mediados del año 2007, CELCO suscribió un Convenio de cooperación con los Sindicatos de Pescadores de Mehuin, a través del cual, la empresa se comprometía a dar una suma de dinero a cada pescador que adhiriera a dicho acuerdo, a cambio de que éstos colaboraran con la empresa en su intención de lograr la salida del ducto al mar.

Desde el momento en que apareció a la luz pública dicho Convenio, surgió inmediatamente una división entre la gente de la zona, lo que produjo un distanciamiento entre los Sindicatos de pescadores que adhirieron al Convenio y las comunidades *mapuche lafkenche* que se oponen al proyecto. Dicho distanciamiento, producto de la intromisión de CELCO en el territorio, ha traído consigo la generación de un clima de conflicto e inseguridad en la zona, ya que producto de la división entre los Sindicatos de Pescadores y *comunidades lafkenche*, se han presentado diversos enfrentamientos entre ambos grupos, e incluso ataques armados a comuneros *lafkenche*. Además, CELCO ha iniciado una ofensiva judicial en contra del Comité de Defensa del Mar (órgano coordinador de la defensa contra la construcción del ducto en Mehuin, que organiza a pescadores que no suscribieron el Convenio y comunidades *lafkenche*), en la cual han tenido una estrecha colaboración del Ministerio Público, de lo que es posible deducir un cierto grado de colaboración entre CELCO y el Gobierno de Chile.

A partir de dicho momento comenzó un proceso de judicialización de la protesta social de las organizaciones indígenas que se oponen al proyecto. En dicho proceso han actuado en conjunto la empresa CELCO y el Ministerio Público, iniciando diversos procesos judiciales a través de los cuales se ha perseguido a los miembros de las organizaciones indígenas que se oponen a la instalación del Ducto en Mehuin. Dichos procesos se han vinculado principalmente con la imputación de delitos tales como: incendio terrorista (quema de lancha 18 de octubre de 2007), lesiones, daños y violación de morada (hechos 21 de

octubre de 2007), injurias (contra un dirigente del Comité de Defensa del Mar), robo con violencia e intimidación (contra un miembro del Comité de Defensa del Mar) y homicidio frustrado (contra un miembro del Comité de Defensa del Mar, cuya sede sufrió un ataque el día 2 de abril de 2008 por parte de los pescadores firmantes del Convenio con la empresa).

Para asegurar la construcción del ducto y evitar la aplicación en el caso de la ley indígena, la empresa CELCO constituyó concesiones mineras a fin de dotarse de la protección exorbitante que el Código de Minería otorga al concesionario minero.⁹² Las comunidades opositoras al proyecto, con el patrocinio del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, hoy Observatorio Ciudadano, interpuso una Demanda de Nulidad contra de las solicitudes de Concesiones mineras presentadas por CELCO ante Juzgado Civil. Dicha acción judicial está en trámite.

b.1.5.) Megaproyectos y la afectación del derecho a libertad de conciencia y de culto: la construcción del aeropuerto en Quepe

Con fecha 15 de noviembre del 2006, por Resolución Exenta 252/2006, la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) de la Novena Región de la Araucanía, calificó favorablemente el anteproyecto referencial del nuevo aeropuerto de la región de la Araucanía, a instalarse en la IX región de la Araucanía, Provincia de Cautín, comuna de Freire, a una distancia aproximada de 14 Km. al sur de la ciudad de Temuco y a unos 2 Km. al poniente de la Plaza de Peaje Quepe sobre la ruta 5 sur, utilizando aproximadamente una superficie de 460 hectáreas. Así, 22 comunidades indígenas (constituidas de acuerdo a la Ley 19.253, Ley indígena, y que son homologables a 33 comunidades por Título de Merced) en la IX región del país, se verán afectadas en su libertad religiosa producto de esta decisión de la autoridad ambiental

La aprobación de este anteproyecto -cuyas licitaciones se están realizando justamente en estos meses⁹³-, aparte de una serie de graves trastornos medioambientales y sociales, implica una grave violación a la libertad de conciencia y de culto de dichas comunidades mapuches, por cuanto en el sector descrito existen 6 gillatuwe, esto es, espacios territoriales en donde una o varias comunidades mapuche realizan sus ceremonias o liturgias de carácter sagrado de acuerdo al uso y costumbre mapuche tradicional. Así, dado el carácter eminentemente público de la religión mapuche, se requiere de estos espacios tradicionales para el desarrollo integral de la noción de libertad religiosa. De esta forma, la contaminación acústica y ambiental que traería la construcción del mentado aeropuerto, produciría un impacto negativo, imposibilitando la realización del guillatun, con lo que las comunidades verían seriamente menoscabada su libertad religiosa, hecho que, por lo demás, fue constatado por el Informe Sociocultural Complementario, de fecha 25 de Julio de 2007, elaborado por la Subdirección Nacional Temuco de CONADI, “sobre la presencia de sitios de significación cultural, étnica, religiosa y ceremonial indígena en área de

⁹² Se utiliza el Código de Minería para otro fin, en este caso asegurar la construcción del ducto hacia el mar sin oposición posible por parte de comunidades o particulares.

⁹³ Cfr. <<http://www.dirplan.cl/presupuesto/contratos_por_licitar.asp>>, en los archivos correspondientes a las licitaciones de los períodos Abril-Junio, Mayo-Julio y Junio-Agosto de 2009.

influencia del anteproyecto referencial del nuevo aeropuerto de la región de la Araucanía”. En éste, luego de verificar la vigencia y validez de los gillatuwe, se concluye que, efectivamente, “para las comunidades mapuches de los sectores en que se encuentran emplazados los guillatuwe identificados, dichos sitios ceremoniales se encuentran dentro del ‘área de impacto’, en este caso de tipo sociocultural, y se perciben como eventuales afectados por la implementación del proyecto (...) [asimismo] su percepción del impacto debe considerarse suficientemente, porque ha sido expresada en términos relevantes desde y para su entorno sociocultural”⁹⁴.

Como se hace manifiesto, la no consideración por parte de la autoridad ambiental de esta “área de impacto” sociocultural mapuche, esto es, de aquellos lugares en donde se practican sus ceremonias, implica un acto discriminatorio que impide el libre ejercicio del derecho de la libertad religiosa, de culto y de expresión.

Recomendación: Se recomienda al Estado chileno que, en orden a respetar el derecho a la libertad religiosa de los pueblos indígenas, considere a cabalidad el sentido del concepto “territorio” según norma el Art. 13 del Convenio 169, incluyéndose por tanto sus espacios ceremoniales tradicionales, de manera que en la dirección de las políticas públicas se tomen en cuenta las posibles vulneraciones que a este respecto pueden ser víctimas los pueblos indígenas.

b.2.) Megaproyectos en el territorio de los pueblos indígenas del norte del país (*aymara, quechua, atacameño o lickan antay, colla y diaguita*)

La ejecución de megaproyectos mineros en territorio de los Pueblos Indígenas del norte del país ha generado graves consecuencias ambientales e implica la vulneración de derechos territoriales. Los estándares ambientales y de derechos indígenas que establece la legislación internacional, no se aplican en el norte del país. Las actividades extractivas han sido favorecidas por la legislación sectorial que permite la apropiación por privados de los recursos minerales, aguas y fuentes geotérmicas, que se sustenta en la Constitución Política de la República, en el Código de Aguas, D.F.L. N° 1.222 (1981) y sus posteriores reformas Ley N° 20.017 (2005), Código de Minería (1982) y ley Orgánica Constitucional 18.097 sobre Concesiones Mineras y en la Ley 19.657 (2000) sobre Concesiones Geotérmicas.

b.2.1) Megaproyectos mineros.

Existen múltiples casos que ilustran las distintas formas en que los megaproyectos mineros vulneran los derechos políticos, territoriales y culturales de los pueblos indígenas andinos en el norte de Chile y entre los cuales destacan los siguientes:

i) Extracción de aguas subterráneas, en el sector de Pampa Lagunilla, por la Compañía Minera Cerro Colorado, generando como consecuencia el desecamiento de la laguna, vegas y bofedales utilizados desde tiempos inmemoriales por la comunidad *aymara* de Cancosa

⁹⁴ CONADI, *Informe Sociocultural Complementario*, 2007, p. 17.

para el apacentamiento de sus animales; ii) explotación de aguas subterráneas asociadas al sistema lagunar de Michincha y Coposa por la Compañía Minera Doña Inés de Collahuasi, generando -al igual que en el caso anterior- el desecamiento de estos ecosistemas de uso comunidades indígenas y, por tanto, poniendo en riesgo su economía silvopastoril; iii) destrucción de sitios arqueológicos y contaminación como consecuencia de la expansión de la piscina de relaves de Talabre de propiedad de CODELCO, en territorio ancestral de la comunidad *atacameña* o *lickan antay* de Chiu Chiu; iv) pérdida de derechos de aguas indígenas en la cuenca del río Loa vinculada a la explotación de recursos hídricos por grandes empresas mineras (CODELCO y SQM) y sanitarias (ESSAN S.A), lo que ha generado la desaparición de poblados indígenas y el despoblamiento de la cuenca; v) explotación industrial de los géiseres del Tatio (Geotérmica del Norte S.A.), sitio patrimonial de las comunidades indígenas de Toconce y Caspana, y que compromete las actividades productivas de dichas comunidades indígenas, las que recientemente – previa restitución de estos espacios por el Estado de Chile - han generado una estrategia de explotación de estos sitios asociadas al turismo; vi) explotación industrial de salmuera en el Salar de Atacama con grave riesgo a un ecosistema que constituye el hábitat ancestral de diversas comunidades indígenas de origen *atacameño* o *lickan antay* que habitan y dependen de esta cuenca; vii) el proyecto minero Pascua Lama en territorio ancestral de la comunidad *diaguita* de los Huascoaltinos, proyecto que compromete los glaciares (Guanaco, Toro I Toro II y Esperanza) que surten de agua el sistema hidrológico (río Estrecho y Chollay) que da sustentabilidad al territorio *diaguita* huascoaltino; el que, además, fue aprobado en contra de la voluntad de la comunidad afectada; y, que, finalmente, fue aprobado por las autoridades ambientales chilenas sin evaluar los impactos del proyecto en las costumbre y formas de vida de los *diaguita* huascoaltinos; viii) el proyecto Pampa Puno, a través del cual CODELCO División Norte ha obtenido derechos para explotar aguas subterráneas, por un volumen de 400 litros por segundo, en acuíferos alumbrados en 8 pozos localizados en el sector de Pampa Puno, sobre la cabecera del ya saturado río Loa, comprometiendo el hábitat y, por tanto, las costumbres y formas de vida de las comunidades que aún subsisten en la ribera del río Loa; ix) la solicitud presentada por la minera Collahuasi a la DGA para obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, por un volumen de 900 litros por segundo, en acuíferos protegidos por normas internacionales y nacionales, como es el caso de la laguna del Salar de Huasco, territorio ancestral de comunidades de pastores *aymara* que utilizan este espacio desde tiempos inmemoriales.

En terrenos comunitarios se ejecuta un proyecto minero denominado El Morro (Xstrata). Para estos efectos se ha solicitado una servidumbre minera de 10.190,22 hectáreas, que abarca el sector de la Laguna Grande y que corresponde a los campos de pastoreo de la comunidad *diaguita* de los Huascoaltinos. El proyecto Minero El Morro carece de agua, y según lo informado por los comuneros a través de la extensión de la servidumbre minera, quiere también apropiarse de las fuentes de agua que corresponden a la Laguna Grande, zona de apacentamiento de los animales de toda la comunidad y donde históricamente han estado instalada las majadas de los crianceros *diaguita* de Huasco Alto. Además, prospecta que el tranque de relave se construya en territorio huascoaltino, afectando la naciente del río cazadero y campos de pastoreo. El proyecto fue sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y está en proceso de evaluación.

b.2.2.) Concesiones geotérmicas en territorios indígenas del norte

En el presente año la expansión minera ha derivado en una demanda por mayor energía, la que ha puesto en ejecución la Ley N° 19.657 de 2000, sobre Concesiones de Energía Geotérmica, a través de la cual el Estado ha declarado las aguas termales indígenas (*aymara* y *atacameña*) como fuente probable de energía geotérmica, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 inciso final. A continuación presentamos los casos emblemáticos.

b.2.2.1) Géiseres del Tatio

La Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) y CODELCO formaron la compañía Geotérmica del Norte SA⁹⁵, que en la actualidad está integrada, además, por Enel Latín America (Chile) SA⁹⁶, para explorar y explotar comercialmente los recursos geotérmicos de las regiones I, II y III, localizados en su mayoría en territorios reivindicados por comunidades indígenas. Así, en diciembre de 2005 presentaron una solicitud de explotación geotérmica de los géiseres del Tatio (II Región), que unos meses antes el propio Estado de Chile, por conducto del Ministerio de Bienes Nacionales y la CONADI, había otorgado en concesión a las comunidades indígenas de origen *atacameño* o *Lickan Antay* de Toconce y Caspana para su explotación turística. En efecto, los géiseres del Tatio son un sitio ancestral de propiedad patrimonial de estas comunidades, y como tales forman parte de su reivindicación territorial.

No obstante la prioridad indígena, Geotérmica del Norte SA obtuvo la concesión,⁹⁷ lo que la habilitará para hacer perforaciones de aproximadamente 2.000 metros de profundidad y construir, poner en marcha y manejar un sistema de extracción de fluidos geotérmicos para transformarlos en energía eléctrica. Los trabajos intervendrán un predio de 7.200 hectáreas, de 9.000 metros de largo y 8.000 de ancho, que corresponde al área concesionada.

b.2.2.2.) Explotación Geotérmica del Volcán Tacora

La comunidad *aymara* de Tacora está localizada a los pies de volcán Tacora, a 4.000 m.s.n.m. aproximadamente. En este territorio se han solicitado concesiones de exploración de las fuentes geotérmicas que abarcan la totalidad del territorio comunitario y compromete el hábitat alto andino donde vive desde tiempos inmemoriales dicha comunidad, cuyos miembros desarrollan actividades silvopastoriles para su subsistencia.

b.2.2.3.) Explotaciones mineras y geotérmicas en la Comunidad de Surire

La comunidad *aymara* de Surire es propietaria de un predio de aproximadamente 120.000 hectáreas que corresponden al Salar de Surire y los terrenos aledaños, incluido el poblado

⁹⁵ Sociedad anónima constituida en 2002; CODELCO tenía 50,01% de las acciones y ENAP 49,09%.

⁹⁶ En marzo de 2006, CODELCO vendió el 45,1% de las acciones de Geotérmica a Enel Latín America (Chile) SA, empresa de nacionalidad Italiana, y se reservó el 5%.

⁹⁷ La concesión fue otorgada por el DS 246/2006 del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial el 26 de abril de 2007.

conocido como Surire. En este territorio se han solicitado concesiones de exploración de las fuentes geotérmicas, en el sector correspondiente a las termas de Polloquere. Ello impactó un sitio de gran valor ambiental, cultural y turístico. Además, desde hace muchos años se viene desarrollando una faena minera de explotación de sustancias minerales no metálicas (boatos) en el salar de Surire, que han generado graves daños en dicho ecosistema y que, actualmente, afectan el sitio Ramsar denominado Monumento Natural Salar de Surire.

Recomendaciones sobre discriminación ambiental en Chile

Aterrizando los elementos fundamentales de la garantía de la no discriminación y del principio de igualdad al tema ambiental, la máxima es que los bienes y cargas ambientales sean distribuidos de forma equitativa y proporcional a nivel social y geográfico.

Lo anterior, en términos concretos, importaría la consideración de alguna de las siguientes recomendaciones:

- Adopción de una política ambiental que incorpore como ideas fuerza tanto el principio de igualdad como la garantía de no discriminación. Lo anterior debe tener implicancias nacionales, regionales y locales.
- Que el diseño y ejecución de toda política pública que tenga relevancia ambiental (es decir, cualquier política sectorial en materia de recursos naturales) incorpore, como variable a ser debidamente ponderada, la distribución de los impactos (positivos y negativos) medioambientales sobre una determinada comunidad (urbana o rural). Especial consideración habrá de tenerse cuando los impactos sean, directa o indirectamente, asumidos por grupos de mayor vulnerabilidad social, tales como comunidades indígenas, personas en situación de pobreza o indigencia, comunidades campesinas, entre otros.
- Explicitación del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación en los distintos instrumentos de gestión ambiental contemplados en la Ley N° 19.300, en especial en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), de forma de que ambos elementos sean debidamente garantizados a lo largo de todo el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, muy especialmente, en toda Resolución de Calificación Ambiental (RCA).
- Incorporación del principio de igualdad y de la garantía de no discriminación en los instrumentos de planificación territorial contemplados en nuestro ordenamiento jurídico. En especial, que ambos elementos sean debidamente garantizados a lo largo de todo el proceso de elaboración de los planes reguladores comunales e intercomunales.
- Establecimiento de instancias participativas donde las comunidades afectadas, en un plano de igualdad, puedan participar efectivamente de los procesos de toma de decisiones, de forma de ejercer una incidencia real en la decisión final. El espectro participativo también se extiende al diseño de planes, programas, políticas y regulaciones de carácter ambiental.
- En el caso de discriminaciones ambientales ya existentes, el Estado de Chile, en concordancia con el principio de igualdad, debe adoptar disposiciones positivas para morigerar o eliminar las condiciones que originan o facilitan la perpetuación de la discriminación prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁸. Tales medidas pueden llegar incluso a traducirse en el otorgamiento de un trato privilegiado, de

⁹⁸ Comité de Derechos Humanos, 37° período de sesiones (1989), Observación General N° 18, párrafo 10.

carácter temporal, a aquel sector de la sociedad que es o fue objeto de la discriminación ambiental⁹⁹.

b.3.) Expansión de la amenaza geotérmica a territorios indígenas

Por resolución N° 1062, de Minería, de fecha 29 de mayo de 2009, el Estado de Chile ha sacado a licitación 20 fuentes termales de energía geotérmica, en su mayoría localizadas en territorios indígenas. Por esta vía se pretende adjudicar la concesión de estas fuentes de energía a empresas chilenas y extranjeras. Para el caso del norte, las fuentes geotérmicas y/o aguas termales de propiedad indígena comprometidas en la licitación son: Volcan Tacora, Licancura 1, Licancura 2, Licancura 3, Aucan 1, Aucan II, San Pedro II, Alitar, Tuyajto 1, Tuyajto 2, Tuyajto3 y Tuyajto 4. Cabe tener presente que estas fuentes termales corresponde a cursos de agua de uso y aprovechamiento indígena y por esta vía el concesionario geotérmico tiene acceso a la fuente termal y, además, a las aguas que alumbra en el proceso de exploración y/o explotación geotérmica. En estos casos los derechos indígenas están refrendados por derechos de propiedad inscrita (ej.: Comunidad Tacora – Volcán Tacora) o el mismo Estado ha reconocido los derechos preferentes de las comunidades indígenas sobre estos recursos y la importancia estratégica de los mismos para salvaguardar el sistema de vida y costumbres de las comunidades andinas (ej.: Comunidad Surire - Tuyajto). Por lo señalado llama la atención que el Estado obre sin resguardar los derechos territoriales constituidos a favor de las comunidades indígenas afectadas, contra su voluntad y sin poner en marcha el procedimiento de consulta que exige el Convenio 169 de la OIT ratificado por Chile e incorporado a su legislación interna¹⁰⁰.

b.4.) Código de conducta responsable sobre inversiones en tierras indígenas

Una referencia cabe hacer aquí al Código de conducta responsable sobre inversiones en tierras indígenas que fue propuesto por el gobierno, a través del Comisionado presidencial para asuntos indígenas, el 2009 en el marco de la política Re – Conocer antes referida. A través de este se pretendía responder a los conflictos que se generan como consecuencia de la ejecución de proyectos extractivos de recursos naturales e industriales en territorios indígenas. Este Código, que fue sometido a un breve período de consultas, consideraba algunos de los derechos reconocidos a los Pueblos Indígenas en el Convenio 169, como son: la consulta, la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que estos proyectos generan, el empleo local y la compensación por los daños que provoquen.

El mismo Código, sin embargo, estaba bajo los estándares fijados por el Convenio, pues no resguardaba el derecho de los pueblos indígenas a establecer sus prioridades en materia de desarrollo, y favorecía el desarrollo integrado por la vía de la negociación de los impactos negativos de los proyectos de inversión en territorio indígenas.

Una de las cuestiones más preocupantes del Código es que proponía un mecanismo de certificación de inversiones responsables en tierras indígenas que era obligatorio para las

⁹⁹ *Ibid*

¹⁰⁰ Artículo 5, inciso 2, Constitución Política de la República.

empresas del Estado y voluntario para los inversionistas privados, lo que vulneraba la obligatoriedad de las normas del Convenio 169, las que tienen carácter obligatorio para quienes operen en territorios indígenas, sean estos órganos públicos o privados.

Por otra parte, resultaba preocupante el rol que asumía el Estado como garante de la negociación por cuya vía delega en particulares cuestiones que son de interés público (protección del medio ambiente y derechos indígenas). El Código instauraba un Consejo Nacional de Certificación, el que estaría a cargo de la certificación de proyectos de inversión en tierras y áreas de desarrollo indígena. Dicha instancia calificaba los impactos sociales y culturales del proyecto, para efectos de otorgar esta certificación.

Su integración no garantizaba la participación efectiva de las comunidades indígenas afectadas a través de sus instancias representativas. El procedimiento no contemplaba la posibilidad de oposición de las comunidades a los proyectos de inversión y condiciones para el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales.

Por ello dicho Código fue objeto de la crítica de los pueblos indígenas y de organismos de derechos humanos. También fue objeto de una fuerte crítica por parte de los sectores empresariales, la que a la postre, significó que el gobierno desautorizara el Código calificándolo como un borrador que no comprometía al ejecutivo¹⁰¹.

¹⁰¹ Declaraciones del Ministro Secretario general de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo, en Ibarra, Valeria, “La Moneda busca desactivar la amenaza del nuevo código indígena sobre las inversiones” , *La Tercera*, 7 de junio de 2009, disponible en http://latercera.com/contenido/745_138122_9.shtml

Recomendaciones:

- Poner fin a la situación de discriminación racial implícita que afecta a los pueblos indígenas en Chile y que está determinada por la autorización por parte del Estado a la ejecución de mega proyectos de inversión extractivos y productivos en tierras y territorios de pueblos indígenas, en abierta violación de sus derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre derechos de pueblos indígenas, y con grave perjuicio para la integridad material y cultural de sus comunidades.
- Impulsar para ello una política que considere entre otros derechos reconocidos a los pueblos indígenas en estos instrumentos internacionales:
 - El derecho a la indemnización equitativa por los daños ocasionados a los pueblos por los proyectos de inversión ya ejecutados o en ejecución en sus tierras y territorios (artículo 15. 2 Convenio 169 de la OIT)
 - La demarcación de sus tierras, territorios en forma previa a la autorización de nuevos proyectos de inversión en ellos;
 - El impulso a una política que considere el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado antes de la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con “...el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. “ (Artículo 32.2 Declaración de la ONU).
 - El derecho a la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que generen las actividades de exploración y explotación que se desarrollen en sus tierras, territorios y recursos (artículo 15. 2 Convenio 169 de la OIT).

c) Justicia y violencia policial en contra del pueblo mapuche: criminalización, ley anti terrorista y trato discriminatorio

La presente sección tiene por objeto dar un análisis de la situación preocupante que afecta al pueblo mapuche en torno al acceso a la justicia, la persistencia de los tribunales militares por casos que implican a civiles, el actuar de las fuerzas policiales y la constante criminalización de la protesta social en el marco del denominado *conflicto mapuche*, respondiendo principalmente a las siguientes preguntas del relator:

5. El párrafo 51 del informe del Estado parte señala que las acciones judiciales que han tenido lugar bajo la Ley 18.314 (Ley Antiterrorista) han estado encaminadas a sancionar a los responsables de delitos y no al pueblo Mapuche. Al respecto, sírvanse indicar porque motivo dicha ley ha sido aplicada a los actos señalados en el párrafo 47 del informe del Estado parte, y estos no han sido tratados como delitos del orden común. Sírvanse también comentar las informaciones según las cuales en noviembre de 2008, en Temuco, un fiscal regional presentó cargos en virtud de la Ley Antiterrorista contra tres estudiantes vinculados con la causa mapuche, uno de ellos de 16 años de edad.

11. Sírvanse indicar si se ha realizado alguna evaluación sobre el impacto del Plan de acción contra el racismo y otras prácticas discriminatorias 2001-2006, proporcionando información detallada al respecto. Sírvanse proporcionar información detallada y

actualizada sobre las medidas que están siendo tomadas por el Estado parte ante “las continuas alegaciones sobre maltratos sufridos por individuos mapuche en el contexto de allanamientos y otras operaciones policiales”. Sírvanse proporcionar información detallada y actualizada sobre las actividades de la Defensoría Penal Indígena especializada, señalando si ha realizado alguna evaluación para determinar su grado de eficacia. Proporcione además ejemplos concretos sobre casos en que esta institución haya intervenido en defensa de indígenas.

12. Sírvanse indicar cuales han sido los avances en el juicio del miembro de las fuerzas especiales de carabineros de Chile, acusado de haber disparado en la espalda y ocasionado la muerte a Matías Valentín Catrileo Quezada, estudiante mapuche, durante una manifestación de protesta sobre el derecho a la tierra, que tuvo lugar en la comuna Vilcún, región de La Araucanía.

En Chile, la existencia de los pueblos originarios aún no ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico nacional. A la luz del actuar de los Tribunales de Justicia chilenos, se refleja en cierto modo, el grado de desprotección jurídica en la que se encuentran los pueblos originarios. Las graves tensiones generadas en el marco de las reivindicaciones territoriales indígenas y particularmente del pueblo Mapuche en la zona sur del país, han conducido a estigmatizar personas, comunidades y organizaciones Mapuche de manera discriminatoria, según su origen étnico y su relación con el denominado “conflicto mapuche”.

Cabe recordar que la relación entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas está marcada por el despojo de las tierras ancestrales y la pérdida de los recursos naturales existentes en esos espacios territoriales. En esta constante histórica se observan conflictos que se expresan en la demanda de todos los pueblos indígenas de Chile por la restitución de sus territorios. La demanda social de los pueblos indígenas en Chile surge como consecuencia del desconocimiento de derechos por parte del Estado, lo que ha obedecido a una constante histórica¹⁰². Como resultado de dicho desconocimiento, los pueblos indígenas han manifestado su descontento frente a la política estatal, que en un comienzo amparó la usurpación de sus tierras en pro de la consolidación del Estado - Nación y la propiedad latifundiaría, esta última particularmente en la Araucanía, y hoy en día permite la usurpación de sus recursos naturales por parte de grandes conglomerados empresariales.

El denominado “conflicto mapuche” se enmarca dentro de un proceso de recuperación de tierras ancestrales, las cuales han pasado a manos de particulares, principalmente forestales y latifundistas de forma ilegítima desde la perspectiva del pueblo mapuche, siendo éste el elemento esencial del conflicto.

¹⁰² Para la Constitución Política actualmente vigente, el único pueblo existente es el chileno. Esta Constitución fue adoptada en el año 1980, bajo el gobierno militar y, por tanto, responde a los principios que inspiraron dicho régimen y que fueron expresados en su carta de gobierno del modo que se expresa: “(...) *el Gobierno de Chile plantea su carácter nacionalista en la seguridad de que nuestra Patria constituye un todo homogéneo, histórica, étnica y culturalmente, no obstante su disímil geografía (...)*” *Declaración de Principios del Gobierno de Chile, 1974.*”

c.1.) Criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas en Chile y trato discriminatorio

La reacción del Estado frente a dicha demanda social, se ha traducido en la implementación de una política de criminalización en contra de miembros de los movimientos indígenas, tratamiento considerado como discriminatorio y que no ha permitido garantizar el derecho a la igualdad ante los tribunales de justicia y los demás órganos que administran justicia. Para llevar a cabo dicho fin, se han utilizado diferentes normas jurídicas contempladas en el Derecho Penal chileno, con las cuales el Estado a través del Ministerio Público ha intentado acallar la demanda social indígena, estigmatizándola de “criminal” o incluso de “terrorista”, afectando a un gran número de personas que integran el movimiento mapuche y luchan por reivindicar sus derechos.

Tal situación ha evidenciado el amplio grado de desprotección de las garantías procesales de los mapuche, a quienes se les ha aplicado de manera desproporcionada la Ley Antiterrorista, la que permite mantener en secreto ciertos aspectos de la investigación contra los posibles responsables, imponer como medida cautelar la prisión preventiva y, finalmente, agravar las penas que la ley penal ordinaria atribuye a ciertos delitos.

La utilización del máximo poder punitivo del Estado en contra de dirigentes mapuche, ha constituido una seria violación del derecho al debido proceso y, consecuentemente, de la obligación del Estado de Chile de garantizar el respeto de los derechos humanos. Dicha situación generó un clima de preocupación en los distintos organismos internacionales de Derechos Humanos, los que han hecho ver al Gobierno de Chile la necesidad de implementar otras formas de solución a éstos conflictos.

En este sentido, se han realizado diversos Informes por parte de diversos organismos internacionales de Derechos Humanos, como el Informe "Derechos humanos y cuestiones indígenas" del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, en el que recomienda al Estado de Chile: *“Bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas”*, además de que: *“No deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (“amenaza terrorista”, “asociación delictuosa”) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas”*.

En términos similares el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas y la ONG Internacional Human Rights Watch, han manifestado al gobierno chileno su preocupación y han recomendado al Estado de Chile no aplicar la Ley Antiterrorista a “actos relacionados con la lucha social por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas”. Por su parte la Federación Internacional de Derechos Humanos puntualiza en su informe que *“el Estado chileno violó las garantías a un juicio justo y al debido proceso de estas personas, en la medida en que la gravedad de los hechos por los que fueron condenados los imputados mapuche no guarda proporción con la gravedad del tipo delictivo de “terrorismo” y de las penas impuestas en estos casos”*. Cabe destacar que calificar de “terrorista” conductas que

involucran daños contra la propiedad sin producir riesgos para la vida e integridad física, vulnera los principios de proporcionalidad, racionabilidad y necesidad del derecho penal. En este sentido el Comité DESC ha expresado su preocupación señalando en su informe que el Estado “*debería adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo, de tal manera que se asegure que los procesados no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos*”.

Es a través de la aplicación de las normas penales que el Estado ha realizado su política de criminalización de la protesta social indígena, ya que mediante procesos judiciales se le ha imputado a organizaciones indígenas, comunidades, miembros y líderes, la participación en delitos específicos por medio de los cuales se busca encarcelarlos, intentando desvirtuar su demanda social al catalogarlos de delincuentes frente a la opinión pública.

En el caso de Chile para lograr dicho fin el Estado ha utilizado ciertos delitos específicos tipificados en el Código Penal, tales como: el incendio, la asociación ilícita, amenazas y el abigeato. Además se han utilizado leyes de excepción como es el caso de la Ley Antiterrorista o la Ley de Seguridad Interior del Estado, que como ya ha sido señalado agravan las penas de los delitos comunes y establecen procedimientos especiales.

Cabe mencionar que las normas penales en las cuales se han fundado los procesos de criminalización, tienen la misma jerarquía dentro del Sistema Jurídico chileno, ya que todas son leyes ordinarias. Eso sí, es posible identificar una subsidiaridad en la aplicación de ellas. La base de aplicación en todos los casos han sido los tipos penales ordinarios de asociación ilícita, incendio y amenazas, cuyas penas en algún momento se vieron agravadas por las circunstancias calificantes contenidas en leyes de excepción, como son la Ley de Seguridad del Estado y la Ley Antiterrorista. Frente a las constantes presiones internacionales y nacionales, el Estado de Chile, a través del Ministerio Público desistió en la aplicación de dichas leyes especiales. Pese a ello han buscado la aplicación de nuevas figuras jurídicas, como es el caso del delito de abigeato (robo de animal), al cual mediante una Ley específica se le aumentó su penalidad. También aparece la moción parlamentaria de establecer una penalidad específica al delito de incendio forestal.

En la “Ley de Seguridad del Estado”, se encuentran tipificados los delitos contra la Soberanía Nacional y la Seguridad Exterior del Estado, los delitos contra la Seguridad Interior del Estado, los delitos contra el Orden Público, los delitos contra la normalidad de las actividades nacionales, remitiéndose a tipos penales establecidos por el Código Penal y consagrando adicionalmente nuevos tipos penales con altísimas penas.

Por su parte, la “Ley Antiterrorista” es una ley que fue elaborada durante el Gobierno Militar, para sancionar drásticamente cualquier tipo de insurrección contra dicho Régimen. Se caracteriza porque en virtud de ella es posible mantener en secreto ciertos aspectos de la investigación de los delitos vinculados a ella, además se elimina la posibilidad de aplicar de otras medidas cautelares durante el proceso distintas a la prisión preventiva, permite la restricción del régimen de visitas y permite la interceptación de las comunicaciones del imputado, además agrava las penas que la legislación penal ordinaria tiene para los delitos a los que ella se refiere. Hasta esta fecha, se han realizado por lo menos diez juicios penales en los cuales el Ministerio Público ha invocado la ley 18.314, en contra de mapuche por

configurarse supuestos delitos terroristas en los actos realizados en el proceso de recuperación de tierras ancestrales y exigencias de un trato igualitario y no discriminatorio para su pueblo.

La criminalización del movimiento mapuche ha demostrado las serias falencias institucionales de la democracia chilena en el ámbito de acceso a la justicia y que se manifiestan no solo en la falta de imparcialidad de los tribunales para garantizar un debido proceso, sino que también en el acceso de los pueblos indígenas, sus organizaciones, dirigentes y miembros a una adecuada defensa legal. La reforma procesal penal si bien buscaba incorporar estándares de debido proceso en el sistema punitivo chileno, en territorio mapuche sirvió de marco para la criminalización del movimiento indígena.

El Código Procesal Penal fue aprobado por la Ley N°19.047 que: “*establece Código Procesal Penal*”, promulgada el día 29 de septiembre de 2000. Entró en vigencia en el territorio nacional de manera diferida, siendo la Región de la Araucanía una de las primeras jurisdicciones donde empezó a regir desde diciembre del mismo año.

El “nuevo sistema penal”, se caracteriza por la existencia de juicios orales, públicos y contradictorios con protección de las garantías procesales del acusado, sustituyendo al antiguo proceso, que era escrito e inquisitorio. De acuerdo con el sistema procesal penal, el Ministerio Público actúa en el proceso mediante fiscales, quienes son los encargados de dirigir a las Policías en la realización de las investigaciones de los hechos relacionados con el proceso, para luego acusar en representación del interés público a los responsables. Como contraparte se encuentra la Defensoría Penal Pública, órgano público y descentralizado encargado de representar a los imputados ante los tribunales penales.

El proceso penal consta de dos fases. La primera es una fase previa al juicio oral, ante un “juez de garantía”, quien es el encargado de supervisar la imparcialidad de la investigación criminal y tiene que asegurarse de que los acusados no permanezcan detenidos, a no ser que sea estrictamente necesario. La segunda fase consiste en un juicio oral que se realiza ante un Tribunal compuesto de tres jueces letrados quienes deliberan respecto a la culpabilidad de los imputados.

Los imputados tienen derecho a solicitar su libertad a la espera del juicio y a que se revise periódicamente su detención preventiva. Es de destacarse que la Defensoría Pública otorga por primera vez asesoría legal profesional a los acusados que lo necesiten.

Desafortunadamente, las garantías de que disponen los acusados en juicios penales ordinarios de acuerdo con el nuevo sistema son negadas, al menos en parte, a los acusados de delitos de terrorismo. Conforme a la ley antiterrorista, el Ministerio Público puede mantener las investigaciones criminales en secreto durante largos períodos; la libertad provisional suele denegarse durante meses, a veces durante plazos que exceden la condena dictada finalmente; los acusados en muchos casos desconocen la identidad de sus acusadores; y los jueces están facultados para permitir que los fiscales intercepten la correspondencia de los imputados, examinen sus computadoras e intervengan sus teléfonos, facultades que exceden las atribuciones de la fiscalía en las investigaciones criminales normales”.

Los fiscales niegan fervientemente que exista discriminación. Sin embargo, la aplicación de la legislación antiterrorista a los mapuche involucrados en conflictos de tierras constituye un trato selectivo y desigual, en tanto los delincuentes responsables de homicidio, violación u otros delitos graves contra la integridad física gozan de más garantías que los acusados mapuche y reciben frecuentemente condenas más leves.

Otra vía judicial de criminalización ha sido la vinculada con la jurisdicción de la Justicia Militar. El Código de Justicia Militar, es el texto legal que regula la Justicia Militar, y entrega a los Tribunales Militares la jurisdicción para conocer de diversas materias. Dentro de ellas encontramos que el numeral 1° de su artículo 5 define delitos militares para los efectos de la jurisdicción militar como *“los contemplados en este Código”*, dentro de los cuales, a modo de ejemplo encontramos el delito de maltrato obra a Carabineros. Además el numeral 3° del mismo artículo expone los Tribunales Militares conocen de *“las causas por delitos comunes cometidos militares (...) en acto del servicio militar o con ocasión de él (...)”*. Ésta es la disposición por la cual los Tribunales Militares siguen imponiendo su jurisdicción exclusiva sobre abusos tales como la tortura, el homicidio o el uso injustificado de la fuerza por parte de Carabineros, si se cometen durante actos de servicio o en recintos militares. Al igual que los policías acusados, los Jueces del fuero militar son oficiales en servicio activo de las Fuerzas Armadas, que no tienen necesariamente una formación jurídica, y que también están sujetos a la cadena de mando militar. Partiendo simplemente de estos hechos, dichos tribunales carecen de la independencia mínima para garantizar un juicio justo.

En la práctica, la gran mayoría de las denuncias en contra de Carabineros por malos tratos o uso excesivo de la fuerza no son acogidas. Apenas surgen pruebas de la participación de policías en servicio, el fiscal instructor habitualmente traslada el caso al fuero militar. Las investigaciones se prolongan entonces durante años sin resolución o se sobreesen, y casi nunca se enjuicia a los responsables. Además, los tribunales militares ejercen la jurisdicción exclusiva sobre los civiles acusados de violencia contra la policía. Los mapuche acusados de violencia contra la policía, así como los que han sido víctimas de la violencia o el maltrato policiales, comparecen, independientemente de que sean acusados o víctimas, ante tribunales militares. Estos tribunales no ofrecen las garantías de independencia e imparcialidad necesarias para garantizar que los mapuche en cualquiera de estas situaciones reciben un juicio justo o una oportunidad justa de resarcimiento” .

Las vulneraciones del debido proceso producidas al amparo de la jurisdicción militar han sido señaladas en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó el 2005 al Estado de Chile en el caso Palamara Ibarne vs. Chile. En este caso, que tuvo su origen en el juicio militar realizado contra un civil por supuestos delitos de desobediencia y desacato, la Corte conminó a Chile a *“...adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales...de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo”*. La sentencia de la Corte ordena a Chile *“establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares”*

Por otra parte es necesario hacer referencia a las causas de la protesta social indígena, o sea, los hechos que generan el descontento indígena y ocasionan la protesta social. Dicha situación tiene como paradigma las leyes sectoriales que ponen en el mercado los recursos naturales existentes en los territorios indígenas y que estructuran el sistema económico neoliberal vigente en Chile. La criminalización, en la mayoría de los casos, ha sido el mecanismo a través del cual se garantiza la gobernabilidad en los territorios indígenas para favorecer las inversiones nacionales y transnacionales en los territorios. Estas leyes sectoriales son: el Código de Minería, Código de Aguas, Ley General de Pesca y Acuicultura, Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 701 de Fomento Forestal, Ley de Bosque y Ley de Concesiones Geotérmicas. A través de esta normativa se ha impuesto un régimen de privatización y aprovechamiento industrial de recursos naturales que pertenecen por derecho ancestral a los pueblos indígenas. Este modelo ha generado la mercantilización de los recursos naturales de uso y aprovechamiento de los pueblos indígenas, privándolos de los recursos en los cuales sus comunidades han estructurado sus estrategias productivas, amenazando la integridad de sus comunidades con riesgo de extinción (crisis ambiental, pobreza, desintegración cultural y desplazamiento población).

Los gobiernos en Chile han procurado integrar la economía del país a los mercados globales, y lo han hecho mediante la implantación de un modelo basado en la explotación de los recursos naturales. De esta manera se ha promovido una economía de rápido crecimiento, que concibe la riqueza natural del país —agua, minerales, recursos marinos y forestales— como productos básicos, es decir, mercancías, y que se funda en la libre disposición de dichos recursos. Esta estrategia, iniciada en los años ochenta bajo la dictadura militar, se ha visto fortalecida a contar de 1990 por la acción de los gobiernos democráticos, que han propiciado y profundizado ajustes estructurales de la legislación para permitir el desarrollo del sector de acuerdo con los principios que orientan el libre mercado, han suscrito acuerdos de libre comercio con distintos países o agrupaciones de países para favorecer la inversión extranjera en estas áreas productivas y, finalmente, han desplegado políticas internas y externas de fomento de la inversión.

Como consecuencia de esta estrategia económica, se han puesto en marcha grandes proyectos de inversión, a lo largo de todo el país, para la extracción de recursos naturales. Al igual que en otros países de América Latina, parte importante de estos proyectos —públicos o privados— se ejecutan en tierras de propiedad indígena o en territorios que las comunidades indígenas reivindican como propios, sobre la base de la propiedad ancestral que desde tiempos inmemoriales han ejercido sobre ellos.

c.2.) La Ley Antiterrorista y su aplicación en Chile

La Ley N° 18.314 que “*determina conductas terroristas y fija su penalidad*”, promulgada el 16 de mayo de 1984, fue elaborada durante el gobierno militar, para sancionar drásticamente cualquier tipo de insurrección contra dicho régimen. Dicha ley fue reformada parcialmente por el Congreso Nacional en dos ocasiones luego del retorno a la democracia; la primera en 1991 durante el gobierno de Aylwin, a través de la Ley N° 19.027, una de las llamadas “Leyes Cumplido” relativas a derechos humanos, y la segunda el 2002 bajo la administración de Lagos, mediante la Ley 19.806, para adecuarla a nuevo sistema procesal penal.

En virtud de esta ley es posible mantener en secreto ciertos aspectos de la investigación de los delitos vinculados a ella (artículo 16); se elimina la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares durante el proceso alternativas a la prisión preventiva; se permite la restricción del régimen de visitas y la interceptación de las comunicaciones del imputado (artículo 14). La misma ley agrava las penas que la legislación penal ordinaria tiene para los delitos a los que ella se refiere¹⁰³ (Artículo 3). Esta ley, además, dispone de instrumentos especiales para que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se ocupen de los delitos terroristas. Los detenidos pueden estar reclusos hasta diez días antes de ponerlos a disposición de un juez o acusarlos formalmente. Se trata de una semana más del tiempo permitido en el caso de los detenidos por delitos ordinarios, aunque en este período el detenido puede recibir la visita de un abogado. Si el fiscal considera que la seguridad física de testigos corre peligro, se pueden mantener pruebas en secreto durante un máximo de seis meses.

La protección de los testigos establecida en esta ley ha determinado la práctica del uso de testigos “sin rostro” en los procesos que se siguen por ella. Ello debilita gravemente la capacidad de la defensa para refutar las pruebas presentadas por la acusación, ya que la identidad y la conducta de los testigos tienen una relevancia directa para su credibilidad. Es posible que los propios testigos tengan antecedentes penales o rencillas personales o animosidad política contra los acusados. Es más, en caso de testimonio malicioso, la defensa no puede acusar de perjurio a testigos que no puede identificar. Más aún, en circunstancias extremas, los testigos pueden simplemente mentir con impunidad.

Al respecto cabe señalar que el artículo 14(3) (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el acusado tendrá derecho “[a] *interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*”. Según la Observación General 13 (21), -- que constituye una interpretación autorizada del Pacto-- el propósito de esta disposición es “*garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y repreguntar a éstos de que dispone la acusación*”. La aplicación de este principio de igualdad procesal en todo proceso penal es un principio fundamental del juicio justo.

Bajo la administración del Presidente Lagos (2000-2006) esta legislación fue invocada por el ministerio público, así como también por el gobierno, a través del Ministerio del Interior, en más de veinte ocasiones en contra de defensores de derechos humanos del pueblo mapuche por hechos de protesta social relacionados con la reclamación de sus derechos territoriales. Los delitos por los cuales se han formulado acusaciones e iniciado procesos penales en virtud de esta ley son amenaza e incendio terrorista, asociación ilícita terrorista, lanzamiento de bombas y artefactos explosivos. Toda vez que además de cumplirse el tipo específico de la ley penal, se le atribuyó la calificante contemplada en el número 1 del artículo 1 de la Ley Antiterrorista.

El Ministerio Público y el gobierno han argumentado que con las leyes ordinarias los fiscales tienen dificultades para obtener pruebas suficientes para condenar a los

¹⁰³ En su artículo 2 se refiere a los delitos de: homicidio, lesiones, secuestro, incendio y asociación ilícita entre otros.

responsables de estos ataques incendiarios, debido en parte a la reticencia de los testigos a declarar debido a la intimidación o el temor a represalias.

En los procesos seguidos en contra de personas mapuche se han empleado las facultades restrictivas del derecho al debido proceso antes referidas, incluyendo en varias ocasiones, la práctica de los testigos sin rostro. Dichos procesos han resultado en condenas en contra de diez defensores de derechos humanos mapuche con penas que oscilaron entre los cinco años y un día y los días años y un día.

La aplicación de esta legislación en contra de defensores de derechos humanos del pueblo mapuche por hechos de protesta social ha sido condenada por organismos de derechos humanos nacionales como internacionales. Entre estos últimos destacan el Relator Especial de la ONU para los derechos indígenas (2003), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (2004) y el Comité de Derechos Humanos de la misma entidad (2007)¹⁰⁴.

Como consecuencia de la presión de los presos mapuche condenados por ley antiterrorista, quienes el 2006 desarrollaron una prolongada huelga de hambre para exigir su libertad, la Presidenta Bachelet se comprometió en mayo de 2006 a no aplicar esta legislación en contra de personas mapuche, señalando que *“la justicia ordinaria tiene bastante fuerza para actuar”*. Por otro lado, el ejecutivo, a través de los Ministros de justicia e Interior, presentó en julio de 2006 una iniciativa en el Senado para su modificación, cuya finalidad más que modificarla en el fondo, era obtener la libertad de los presos mapuche. Dicha iniciativa no prosperó.

Desde entonces a la fecha no se han presentado nuevas iniciativas para su modificación y adecuación a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como recomendara el Comité de Derechos Humanos de la ONU en marzo de 2007. Más aún, la presidenta Bachelet ha roto su compromiso, toda vez que el Ministerio del Interior, por medio de la abogada de la Gobernación Provincial de Cautín, Doris Tello, presentó en el mes de febrero de 2009 una querrela criminal ante el Tribunal de Garantía de Lautaro, en la región de la Araucanía, invocando la ley 18.314 en causa que se sigue por el incendio y sustracción de especies de una propiedad agrícola en la misma región ocurrido el 12 de enero pasado, en el cual se ha imputado a varias personas mapuche. Al respecto el Ministro del Interior sostuvo el 12 de febrero: *“En este caso se configuran todos los antecedentes de una organización o de un intento de organización terrorista. Por consiguiente, vamos a aplicar todas las medidas correspondientes, inclusive, vamos a invocar la aplicación de la*

¹⁰⁴ Este último Comité expresó el 2007 su preocupación ante *“la definición amplia de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista 18.314, lo que 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”*. En relación a la misma Ley el Comité observa que *“las garantías procesales, conforme al artículo 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley”*. Para abordar esta situación recomienda al Estado *“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”*. Agrega que *“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”*.

Ley Antiterrorista". Además de este caso, en octubre de 2008 el Ministerio Público invocó esta ley en contra de dos estudiantes de la carrera de Antropología de la Universidad Católica de Temuco Félix Delgado y Jonathan Vega, ambos de 21 años, por hechos relacionados con la protesta mapuche en la región de la Araucanía. La aplicación de esta ley a los imputados mapuche en esta causa también ha sido solicitada por el Ministerio Público.

c.2.1.) Personas actualmente procesadas por delitos contemplados en la Ley Antiterrorista.

1.-Fénix Delgado: estudiante de Antropología de la UCT, se les imputa "Incendio Terrorista Frustrado", por un supuesto intento de ataque incendiario el 30/10/2008 en el ByPass de Temuco. Actualmente el proceso se encuentra en etapa de investigación, y se encuentra con Medida cautelar de Arresto Domiciliario Total, durante los 8 meses de investigación bajo Ley Antiterrorista.

2.-Jonathan Vega: estudiante de Antropología de la UCT, se les imputa "Incendio Terrorista Frustrado", por un supuesto intento de ataque incendiario el 30/10/2008 en el ByPass de Temuco. Actualmente el proceso se encuentra en etapa de investigación, y se encuentra con Medida cautelar de Arresto Domiciliario Total, durante los 8 meses de investigación bajo Ley Antiterrorista.

3.-Rodrigo Huechipán: menor de edad estudiante secundario, se les imputa "Incendio Terrorista Frustrado", por un supuesto intento de ataque incendiario el 30/10/2008 en el ByPass de Temuco. Actualmente el proceso se encuentra en etapa de investigación, y se encuentra con Medida cautelar de Arresto Domiciliario Total, durante los 8 meses de investigación bajo Ley Antiterrorista.

4.-Mauricio Huaquilao Huaquilao: se le imputan "Incendio Terrorista, Incendio simple, Homicidio Frustrado y Amenazas" por atentado a propiedades de Eduardo Luchsinger el 16/08/2008. Además, se le imputa "Incendio Terrorista Frustrado", por hechos ocurridos el 30/10/2008 en el ByPass de Temuco. Actualmente el proceso se encuentra en etapa de investigación y él está recluso en el C.D.P. e Temuco.

5.-Miguel Tapia Huenulef: se le imputa ataque incendiario, daños y lesiones, todos de carácter Terrorista, al fundo San Leandro en Lautaro, de propiedad de Pablo Hardener, en enero pasado todas ellas ante el Juzgado de Garantía de Lautaro. Además se le imputa la tenencia ilegal de armas de fuego ante el Juzgado de Garantía de Temuco. Actualmente el proceso se encuentra en etapa de investigación y él está recluso en el C.D.P. e Valdivia.

6.-Andrés Gutiérrez Coña: se le imputa ataque incendiario, daños y lesiones, todos de carácter Terrorista, al fundo San Leandro en Lautaro, de propiedad de Pablo Hardener, en enero pasado todas ellas ante el Juzgado de Garantía de Lautaro. Actualmente el proceso se encuentra en etapa de investigación y él está recluso en el C.D.P. e Valdivia.

7.-Edgardo José Hernández Lucero: se le imputa la participación en una serie de atentados de bomba cometidos en la Región de la Araucanía. También se le aplicó la Ley Antiterrorista. Actualmente el proceso se encuentra en etapa de investigación y él está con libertad condicional mientras dure dicha investigación.

8.-Comuneros Mapuche del sector de Tirúa, provincia de Arauco, a quienes se les aplica la Ley Antiterrorista, en el ámbito de la Investigación del Ataque contra el Fiscal Elgueta. El Gobierno se hace parte mediante una querrela.

- José Huenuche (32 años)
- Javier Navarro (27 años)
- Ramón Llanquileo (27 años)
- Luis Menares (31 años)
- Norberto Parra Leal (35 años)
- César Parra Leal (26 años)
- Richard Nuhuel (18 años)
- Segundo Ñehuen (43 años)
- Carlos Muñoz (24 años)
- Elcides Huiqueman (25 años)
- Jonathan Huillical, (24 años)

9.-Mireya Figueroa Araneda: dirigente mapuche de la comunidad de Tricauco. Imputada por el delito de “incendio terrorista” en el fundo Poluco Pidenco de la empresa forestal Mininco, en diciembre 2001. Estuvo clandestina durante cerca de 6 años. Fue detenida el 30 de junio 2009 en Santiago y trasladada a Angol. Sufre de un cáncer avanzado y generalizado, que comenzó por un cáncer mamario por el que recibió tratamiento con quimioterapia y radioterapia, siendo del que fue operada el 2006. Actualmente presenta metástasis ósea en la columna vertebral a nivel dorsal y en costillas, y está en estudio la presencia de metástasis a nivel pulmonar. Además de lo anterior, sufre de diabetes, hipertensión, enfermedades reumatológicas y traumatológicas, trastorno de estrés postraumático producto de su experiencia de tortura y una depresión mayor crónica efecto de la situación física y emocional que la viene afectando en estos últimos años. El 8 de julio 2009 se realizó una audiencia en la ciudad de Angol para determinar las medidas cautelares y las particularidades del juicio. Sin embargo, en razón de la delicada condición de la imputada y a petición de su defensa, los jueces optaron por aplazar el juicio hasta el 25 de agosto, y dieron cinco días de plazo al Servicio Médico Legal para que realice los exámenes pertinentes para conocer su real estado de salud.

c.2.2.) Personas actualmente condenadas por delitos contemplados en la Ley Antiterrorista

1.- José Huenchunao Mariñan. Comunidad de El Malo, Lago Lleu Lleu, Tirúa

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco

Condena: 10 años y un día

Situación: Preso en el Centro de Educación y Trabajo (CET) de Angol

2.- Patricia Troncoso Robles. Solidaria con el Pueblo Mapuche

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco

Condena: 10 años y un día

Situación: Presa en CET de Angol con libertad dominical

3.- Juan Bautista Millalen Milla. Comunidad Catrio Ñancul, Collipulli

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco
Condena: 10 años y un día
Situación: Preso en CET de Angol con libertad dominical.

4.- Juan Carlos Huenulao Lienmil. Comunidad de Tricauco, Victoria

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco
Condena: 10 años y un día
Situación: Preso en Cárcel de Victoria

5.- Florencio Jaime Marileo Saravia. Comunidad Cacique José Guiñón, Ercilla

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco
Condena: 10 años y un día
Situación: Reclusión nocturna en centro policial de Collipulli

6.- Juan Patricio Marileo Saravia. Comunidad Cacique José Guiñón, Ercilla

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco
Condena: 10 años y un día
Situación: Reclusión nocturna en centro policial de Collipulli

7.- Juan Ciriaco Millacheo Licán

Causa: "Incendio Terrorista" del Fundo Poluco Pidenco
Condena: 10 años y un día
Situación: Clandestino

8.- Victor Ancalaf Llaupe

Causa: "Incendio Terrorista" de un camión que prestaba servicios a la empresa Endesa España en sector Guayali, comuna del Alto Bío Bío, Provincia del Bío Bío
Condena: 5 años y un día
Situación: cumplió una condena efectiva de 5 años

9.-Pascual Pichún Paillalao

Causa: "Amenaza Terrorista" en contra del propietario y administrador del fundo Nanchahue
Condena: 5 años y un día
Situación: cumplió una condena efectiva de 5 años

10. -Aniceto Norín Catriman

Causa: "Amenaza Terrorista" en perjuicio de los propietarios del fundo San Gregorio
Condena: 5 años y un día
Situación: cumplió una condena efectiva de 5 años

Recomendaciones:

- Garantizar el ingreso de cualquier autoridad judicial, sin permiso previo, para la fiscalización de los recintos penitenciarios, aumentando la frecuencia de las visitas.
- Permitir el ingreso de organizaciones de la sociedad civil (que den muestras de seriedad e independencia) que puedan colaborar en el control del cumplimiento de los derechos humanos al interior de las cárceles.
- Reformar la justicia militar, para limitar al máximo la competencia material y personal de los tribunales militares, de modo que ningún civil pueda ser juzgado por éstos.
- Limitar la justicia militar a los delitos propios de la función militar, que afectan bienes jurídicos especiales.
- Reformar de manera estructural el Código de justicia militar, que actualmente impide que un delito de tortura tenga probabilidades de ser investigado y juzgado adecuadamente.
- Adecuar el Código Penal a los estándares internacionales de derechos humanos.

- En relación con la aplicación de la Ley Antiterrorista, consideramos pertinente que el Comité tenga presente las recomendaciones realizadas sobre la materia por distintas entidades de Naciones Unidas en los últimos años, las que mantienen plenamente su vigencia. De especial importancia nos parecen las recomendaciones formuladas por el Relator Especial sobre situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, en su informe de misión a Chile el 2003:

“69. Bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas.

70. No deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (‘amenaza terrorista’, ‘asociación delictuosa’) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas.”

- Igualmente relevantes son las observaciones finales sobre Chile del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2004:

“34. El Comité recomienda al Estado Parte que no aplique leyes especiales, como la Ley de seguridad del Estado (Nº 12.927) y la Ley antiterrorista (Nº 18.314), a actos relacionados con la lucha social por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas.”

- También hacemos nuestras las observaciones finales sobre Chile del Comité de Derechos Humanos de 2007:

“7. El Comité expresa su preocupación ante la definición de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista 18.314, que podría resultar demasiado amplia. Preocupa también al Comité que 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. (art. 2, 14 y 27 del Pacto).

El Estado parte debería 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.

El Estado parte debería:

b) Modificar la ley 18.314, ajustándola al artículo 27 del Pacto y revisar la legislación sectorial cuyo contenido pueda entrar en contradicción con los derechos enunciados en el Pacto.”

c.3. Violencia policial

Como se informó en mayo del presente año al Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas, a 19 años del término del régimen militar, observamos con preocupación la persistencia de múltiples situaciones de abuso, uso innecesario de la fuerza y de brutalidad por parte de agentes policiales del Estado que resultan en la tortura o en tratos crueles, inhumanos y degradantes de personas. Tales situaciones afectan, por lo general, a quienes integran sectores vulnerables de la población, en particular indígenas, trabajadores, niños y niñas, entre otros. Tales hechos ocurren no tan sólo cuando dichas personas intentan ejercer sus derechos de libertad de expresión y de reunión pacífica reconocidos por el derecho nacional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile sino, muchas veces, en sus comunidades, vecindarios y en sus propios hogares, donde son objeto de allanamientos, en ocasiones sin las órdenes competentes, o son víctimas de trato discriminatorio por efectivos de Carabineros o de la Policía de Investigaciones.

Las prácticas ilegales y abusivas de efectivos policiales, que en los años que siguieron el término del régimen militar se atribuían a la herencia de su formación autoritaria, no sólo han persistido bajo democracia, sino que se han intensificado. Algunos de los sectores más afectados por la violencia de los agentes policiales del Estado son los rublos indígenas.

c.3.1.) Violencia policial contra el pueblo mapuche

Los últimos informes de derechos humanos sobre Chile han destacado la violencia policial contra la población mapuche. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por la aplicación de la legislación Antiterrorista en contra de comunidades mapuche y ha solicitado la investigación y sanción de hechos de violencia atribuibles a las policías. El informe 2008 de Amnistía Internacional destaca nuevamente casos de allanamientos en la comunidad de Temuicui por fuerzas de Carabineros y el interrogatorio, por parte de efectivos de la misma entidad, de menores de edad de la comunidad de Ranquilco en 2007. También los informes entregados por la Asociación Americana de Juristas, la Comisión Ética Contra la Tortura y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, todos de 2008, se refieren en extenso a la

realidad actual de la población mapuche, dando cuenta de situaciones de violencia policial que afectan a sus comunidades.

La irrupción violenta de la policía uniformada en las comunidades se ha tornado en un fenómeno frecuente. Las denuncias reiteran la inexistencia de órdenes legales para los allanamientos, los destrozos en casas, cercos y la incautación de herramientas (azadones, palas) o elementos culturales (trtrukas, kultrunes). Las más graves se refieren a la violencia con que se actúa en los operativos que afectan a adultos mayores, mujeres y menores de edad en las que se relatan insultos racistas, golpes y amedrentamiento con armas de fuego contra niños y niñas. En algunos casos la acción de Carabineros ha resultado en heridos, como el joven Jorge Mariman (17 años) en la comuna de Ercilla el 21 de julio pasado. En otros casos, ésta ha tenido como consecuencia la muerte, como el caso de Alex Lemún¹⁰⁵, quien falleció el 12 de noviembre de 2002 a los 17 años a manos de un oficial de Carabineros, o en el caso de Matías Catrileo¹⁰⁶, quien falleció el 3 de enero de 2008 producto de un impacto de bala de un oficial de Carabineros, en Vilcún.

La violencia policial en contra la población mapuche es una de las más graves e impunes, ya que se ampara en la discriminación histórica que ha sufrido esta población originaria y en una permisiva política gubernamental que, junto con criminalizar las demandas mapuche, tolera y justifica el accionar policial en torno a las comunidades.

La acción discriminatoria se evidencia en la brutalidad y rudeza del trato cuando se detiene a personas jóvenes mapuche. El 27 de noviembre de 2007 ocho estudiantes del hogar Weliwen de Valdivia fueron detenidos cuando se manifestaban pacíficamente en un paseo público. Cinco días, después Carabineros intentaron allanar este hogar sin orden judicial. El 8 de julio de 2008, José Ancalao Gavilán de 18 años, dirigente de la Asamblea Regional de Estudiantes Secundarios de la IX Región, fue detenido y reducido al interior de un bus de Carabineros a punta de patadas y golpes de bastones policiales. En tanto, el 28 de julio fue detenido Mauricio Huaiquilao Huaiquilao, a quien condujeron esposado a un calabozo, donde los policías lo desnudaron y ducharon con agua fría, para luego tirarlo al piso y golpearlo brutalmente, mientras le decía: "te vamos a matar, igual que Matías Catrileo".

Los allanamientos en comunidades alejadas de grandes centros urbanos y de los medios de comunicación son hechos violentos por su masividad e impunidad. Estos allanamientos son realizados por fuertes contingentes de fuerzas especiales de la policía quienes se desplazan

¹⁰⁵ El oficial de Carabineros resultó exento de toda responsabilidad penal por los tribunales militares, evidenciando una total falta de imparcialidad y dejando. La muerte de Alex Lemún queda en la total impunidad.

¹⁰⁶ El 25 de junio, la Corte Marcial confirmó, por unanimidad de sus miembros, el auto de procesamiento por el delito de "violencia innecesaria con resultado de muerte" en contra del cabo de Carabineros Walter Ramírez, por su presunta responsabilidad en la muerte del joven mapuche Matías Catrileo, ocurrida en La Araucanía el 3 de enero de 2008. Se espera que a la brevedad se determinen en definitiva las responsabilidades penales por dicho delito y que en el proceso seguido en contra del cabo de Carabineros se garantice una investigación transparente y que, establecida su responsabilidad penal, se asigne una pena justa y proporcional a la gravedad de un crimen de esta naturaleza.

en buses y autos de servicio, acompañados de carros lanza gases y tanquetas. Algunos de estos allanamientos se efectúan durante la madrugada y en ellos se registran casas, galpones y se agrede física y verbalmente a mujeres, ancianos y niños. Existen denuncias de viviendas con destrozos, cercos y huertos dañados, herramientas y otros enseres incautados. También se da cuenta del retiro de animales por parte de la policía, hechos para los cuales no ha existido orden judicial ni explicaciones serias cuando se han solicitado.

Sin duda, la comunidad más afectada es Temucucui en la comuna de Ercilla, debido al intenso conflicto territorial en la zona, sus habitantes son constantemente sometidos a vigilancia, controles públicos, allanamientos y detenciones de algunos integrantes.

El 15 de septiembre de 2007, alrededor de las 6 de la mañana, un fuerte contingente policial ingresó a esta misma comunidad por otro sector (fundo Montenegro) y comenzó a sustraer animales. Un grupo de dirigentes solicitó explicaciones y la orden judicial, las que les fueron negadas en medio de epítetos racistas. Los Carabineros reconocieron que no eran los animales que buscaban. Esos hechos, referidos a denuncias por robos delatan la participación de civiles en los operativos o en la investigación de acciones judiciales. Esta situación ya había sido denunciada como una “manipulación de los órganos de justicia” en contra de dirigentes de esta comunidad a los que se acusa por diversos delitos ordinarios (hurto, abigeato, lesiones graves, etc.).

El 30 de octubre de 2007, Patricio Queipul, niño de tan solo 12 años e integrante de esta comunidad, fue baleado con siete perdigones de escopeta antimotines disparados por efectivos de Carabineros, cuando efectuaban un allanamiento.

La propia Corte de Apelaciones de Temuco, señaló que los hechos podían ser constitutivos de delito, remitiendo los antecedentes al Ministerio Público de Collipulli. El 23 de noviembre de 2007, alrededor de las 4:30 un allanamiento de Carabineros afectó a varias viviendas sin orden judicial. La señora Verónica Millanao Cañio, quien se recuperaba de una reciente intervención quirúrgica, fue sacada violentamente de su cama, lo que le provocó una grave hemorragia y la reapertura de sus heridas.

El 29 de Julio de 2008, tres buses de Carabineros, además de un carro lanza aguas y un carro lanza gases allanaron las viviendas de esta comunidad por orden judicial del Juzgado de Garantía de Purén. En este operativo, cerca de un camino interno, Carabineros detuvo a Patricio Queipul Millanao (13 años) quien fue obligado a subir a un carro policial donde fue interrogado. Al oponer resistencia, fue violentamente agredido con golpes de puño y patadas. Insultándolo, le preguntaban por animales desconocidos, los lugares donde se esconderían los prófugos y si tenían armas. Esta era la tercera vez que este menor de edad denunciaba ser víctima de maltrato policial. El último hecho registrado en esta comunidad ocurrió el 24 de agosto de 2008 en la cual se denunciaron agresiones en contra de niños y mujeres.

La comunidad de Yeupeco en Vilcún, es otra que ha denunciado reiteradas acciones de hostigamiento y allanamientos violentos. Ello en particular luego del homicidio de Matías Catrileo a manos de Carabineros en el área, lo que determinó un operativo policial de

proporciones en que varias de las viviendas de la comunidad, y sus moradores, entre ellos ancianos y niños, fueron objeto de maltrato físico y verbal por efectivos policiales.

Más recientemente, Diversos hechos que afectan o involucran a personas mapuche o a simpatizantes de su causa ocurridos durante los meses de verano, dan cuenta del recrudecimiento del trato discriminatorio que desde el estado se da al pueblo mapuche, esta vez expresado en una política criminal manifiestamente violatoria de sus derechos fundamentales.

Durante los meses de enero y febrero se verificaron un total de doce allanamientos de vivienda, que afectaron a personas mapuche y/o a personas no indígenas, vinculadas al pueblo mapuche en diversas partes del país, incluyendo las comunas de Los Ángeles (Región del Bio-Bio), Padre las Casas, Labranza, Chol-Chol, Melipeuco, Temuco (Región de la Araucanía), y en Santiago.

Las diligencias de ingreso, registro e incautación que han sido realizadas por carabineros a contar del 13 de enero hasta la fecha, se enmarcan en la investigación del incendio y sustracción de especies del fundo San Leandro de propiedad de Pablo Hardener Truán, ubicado en la comuna de Lautaro, Región de la Araucanía, ocurrido el 12 de enero pasado. La investigación es dirigida por el fiscal Sergio Moya de la Fiscalía Regional de Temuco, en causa que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Lautaro. De acuerdo al Ministerio Público los hechos investigados revestirían el carácter de terrorista.

Reconociendo las competencias legales de los organismos que han participado de estas diligencias, y la existencia de órdenes emanadas del Tribunal de Garantía competente, nos parece que ellas han adolecido de graves deficiencias desde la perspectiva de los derechos humanos, reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, deficiencias imputables tanto al actuar de la Fiscalía Regional como a la Policía de Carabineros.

Tales diligencias, en primer término, se realizaron sin la presencia del fiscal, lo que consideramos grave. Ello por cuanto si bien ella no es exigida por la ley, ésta constituye una condición mínima para garantizar los derechos de los imputados y de sus familias, y con mayor razón si se investigan presuntos delitos de carácter terrorista.

El registro de los domicilios no se realizó con apego a las normas establecidas en el Código Procesal Penal, ya que no se permitió la presencia de sus moradores durante el registro. Ello se vio dificultado también por el hecho que carabineros en muchos casos registró simultáneamente diversas dependencias de cada domicilio.

Por otro lado, y tal como lo ha confirmado la Corte de Apelaciones de Temuco en fallo de 13 de febrero, sobre el recurso de amparo interpuesto a favor de Nataly Sanhueza Inostroza y Francisco González Cárdenas, carabineros ha incurrido en irregularidades en sus procedimientos al llevar a cabo una orden verbal de allanamiento, en circunstancias que ésta había sido expedida con seis días de anterioridad, lo que no se condice con el carácter de urgencia que dicha orden verbal tiene de conformidad al Código Procesal Penal.

Junto a lo anterior, las actas de incautación verificada en estos allanamientos carecen de la precisión necesaria para individualizar las especies y velar por su posterior devolución. Es más, en el allanamiento efectuado en la ciudad de Los Ángeles, no se ha entregado a la fecha acta de incautación.

Con respecto a las especies incautadas, cabe señalar que en la mayoría de los casos de allanamientos, el Observatorio Ciudadano ha constatado que muchas de ellas lo han sido sin ningún criterio, sin importar el derecho de propiedad sobre ellas y su eventual relevancia como medio de prueba. En efecto, si bien es entendible que se pesquisen prendas de vestir para cotejarlas con las evidencias con que cuenta el Ministerio Público en el caso, no tiene ningún sentido la incautación de discos compactos que se encuentren en el domicilio, literatura relacionada con los pueblos originarios, textos en mapudungún, fotografías y otros bienes relacionados con la cultura mapuche, elementos que no constituyen medios de prueba respecto de participación en los delitos que se investigan. Su incautación por los agentes policiales más bien da cuenta de una evidente criminalización del mundo mapuche y de su cultura.

Finalmente, y de mayor gravedad aún, dichas diligencias fueron realizadas por carabineros con gran despliegue de fuerza, sin proporcionalidad alguna con la situación con la que se encontraron en las moradas allanadas, en las que no hubo resistencia alguna por parte de quienes se encontraban en ellas. En efecto, en la mayoría de los casos se utilizó un gran contingente de carabineros, haciendo uso de buses, tanquetas e indumentaria antimotines. Los funcionarios policiales estaban fuertemente armados, claramente preparados para enfrentamientos que nunca se verificaron. En el caso de Nataly Sanhueza Inostroza y Francisco González Cárdenas, quienes interpusieron el recurso de amparo acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco antes referido, los recurrentes denunciaron la presencia de efectivos policiales encapuchados. En el mismo caso se denunció que los moradores de la vivienda allanada fueron encañonados por la policía, obligándoles a tenderse en el suelo mientras estos se realizó la diligencia. Muchas personas que fueron objeto de allanamientos denuncian además haber sido insultados por Carabineros.

Cabe señalar, que carabineros al llevar a cabo una diligencia de este tipo, junto con velar por su efectividad, tiene la obligación de respetar los derechos de los ciudadanos, aunque estos sean imputados de un delito. De otro modo, se estaría vulnerando la presunción de inocencia establecida en la ley. En los casos de allanamiento documentados, carabineros ha vulnerado las directrices de derechos humanos establecidas por Naciones Unidas, que el estado de Chile se ha comprometido a respetar, como las contenidas en el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de Naciones Unidas (1979). Cabe recordar, que dicho Código establece que: “en el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas”; (artículo 2); y agrega que: “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.” (Artículo 3).

El actuar desproporcionado y discriminatorio de Carabineros, no produce otro efecto que generar miedo y amedrentar a grupos vulnerables, como lo son los pueblos indígenas, y

justifica las denuncias sobre el actuar abusivo de las fuerzas policiales, constatadas por entidades tan calificadas como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su informe sobre el Estado de Chile en marzo de 2007.

En este sentido, se Considera que las políticas de persecución criminal impulsadas desde el estado en contra de los mapuche o de personas vinculadas a su causa, así como la violencia de los agentes policiales vinculada a diligencias judiciales en los casos de que aquí se da cuenta, constituyen una abierta violación de estos derechos reconocidos y asumidos por el estado de Chile, y una flagrante violación de su derecho a la igualdad ante la ley. Ellas evidencian el recrudecimiento de un trato discriminatorio vergonzoso, que no es consistente con una democracia, y que por lo mismo debe ser repudiado enérgicamente.

Recomendaciones:

Introducir reformas legislativas en relación al control de las actuaciones policiales, a objeto de generar un sistema de rendición de cuentas tanto interno como externo más efectivo y transparente de la labor policial, y de garantizar que su actuación se base en los lineamientos internacionales de derechos humanos, en particular en las directrices antes referidas establecidas por Naciones Unidas para estos efectos. Se propone que tales lineamientos pasen a formar parte del código de ética de las instituciones policiales. Entre los aspectos centrales que esta reforma debe considerar para garantizar una adecuada rendición de cuentas internas cabe destacar:

- Establecer una cadena de mando claramente definida al interior de las instituciones policiales y un sistema de supervisión efectiva para mantener la disciplina, el control, y prevenir la impunidad, evitando de este modo la violación de derechos humanos.
- Establecer procedimientos para la presentación de informes por parte de funcionarios/as policiales que den cuenta de acciones tales como arrestos y detenciones, registro y uso de la fuerza o de armas de fuego.
- Establecer mecanismos para la recepción y tramitación de denuncias por parte de la población civil por la violación de derechos humanos por agentes policiales.
- Establecer procedimientos disciplinarios rigurosos e imparciales relativos a las infracciones de carácter leve cometidas por funcionarios/as policiales en el ejercicio de sus funciones, incluyendo la violación de derechos humanos por hechos no constitutivos de delito. Dichos procedimientos deben ser transparentes, garantizando el acceso público a sus resultados.

Mientras tales reformas legislativas no sean aprobadas, se propone el impulso de reformas de carácter administrativo orientadas a promover que los órganos de los que dependen las entidades policiales impulsen un actuar policial centrado en la protección y respeto de los derechos humanos. Para ello se propone el impulso de políticas públicas que promuevan entidades policiales que:

- Sean receptivas a las comunidades que sirven y que rindan cuenta ante ella;
- Sean representativas de las comunidades a las que sirven y sensibles a las necesidades de los grupos vulnerables;
- Combinen eficacia y legitimidad;
- Garanticen la realización de las funciones policiales básicas, esto es, prevenir y detectar el delito, mantener el orden público, y prestación de servicio a la población;
- Trabajen de conformidad a la ley, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, y utilice medidas proporcionales para los fines que persiguen.
- Crear en las instituciones de Carabineros y Policía de Investigaciones los mecanismos para la recepción de denuncias relativas a hechos de violencia en contra de la población que les son imputables, estableciendo puntos de denuncia accesibles desde todas las regiones del país, así como de un sistema de recepción telefónica y a través de internet para facilitar su presentación.
- Publicar los resultados de las investigaciones desarrolladas en base a estas denuncias, así como de las medidas adoptadas a través de los mecanismos de control interno de las instituciones policiales.
- Impulsar acciones por parte del Estado orientadas a hacerse parte en la persecución de los delitos graves cometidos por agentes policiales en el desarrollo de sus funciones afectando a la población civil.

d.) Derechos y participación política indígena en Chile

20. Teniendo en cuenta que los pueblos indígenas, en particular el pueblo Mapuche se encuentran entre los grupos mas pobres y marginalizados en Chile, sírvanse proporcionar información detallada y actualizada sobre las medidas que están siendo tomadas para remediar esta situación. Sírvanse proporcionar información detallada, en particular datos estadísticos desglosados por sexo, sobre la participación de los indígenas, los miembros de otros grupos minoritarios, en el Parlamento, así como en las instituciones de gobierno regionales y locales.

Los mapuche constituyen el pueblo indígena más numeroso y la principal minoría nacional en Chile. Estimaciones fundadas en los censos nacionales de 1992¹⁰⁷ y 2002¹⁰⁸ y en la Encuesta de Caracterización Nacional (CASEN) de 2006¹⁰⁹, permiten suponer una población mapuche superior al millón de personas, representado por si sola un porcentaje cercano al 7% de la población total del país. La mitad de la población mapuche contemporánea reside en las regiones del Biobío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos, que en su conjunto constituyen el Wallmapu o país mapuche histórico. En la Región de La Araucanía, porción medular del Wallmapu en que los mapuche mantuvieron su independencia hasta 1881, los mapuche constituyen el 23.5% de la población total. A pesar de su importancia demográfica, tanto a nivel nacional, como regional, los mapuche no tienen representación en los órganos electivos de decisión política, ya sea como efecto de su minorización demográfica¹¹⁰, o como consecuencia de la aplicación de un sistema electoral híbrido que tiene como efecto la exclusión de las minorías.

El interés de los mapuche por incidir o participar directamente en los órganos de decisión política es antiguo. En 1906 la prensa registra la primera reunión con partidos políticos; en 1914 es presentada la primera candidatura parlamentaria. En las décadas siguientes se participa en todas las elecciones parlamentarias obteniendo, en periodos diferentes, 7 escaños en la cámara de diputados, dos de los cuales corresponden a diputados reelectos. El funcionamiento, desde 1925 hasta el golpe militar de 1973, de un sistema electoral

¹⁰⁷ Haughney, Diane & Mariman, Pedro (1993).- “Población mapuche: cifras y criterios”.- En: *Documento de Trabajo N° 1*.- Temuco: Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, diciembre 1993. Disponible en: <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/liwdoc1a.html> [fecha de consulta: 07.07.2009]

¹⁰⁸ Comisión Nacional del XVII Censo de Población y VI de Vivienda.- “*Censo 2002. Síntesis de resultados*”- Disponible en: http://www.inec.cl/canales/chile_estadistico/censos_poblacion_vivienda/censo_pobl_vivi.php [fecha de consulta: 07.07.2009]

¹⁰⁹ Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional [CASEN] 2006. Disponible en: <http://www.mideplan.cl/final/categoria.php?secid=25&catid=124> [[fecha de consulta: 07.07.2009]

¹¹⁰ La minorización de los mapuche en su propio territorio, es el resultado de un acto deliberado. El informe de la comisión censal de 1907 (primer censo de población que incluyó al Wallmapu después de su anexión por Chile) destacaba que, si bien la población mapuche “no parecía en vías de extinción”, ni su “fusión” con otros sectores de la población “era la deseable”, en cambio habían dejado de ser una “nación con sus fronteras definidas”, vivían diseminados entre el resto de la población, y en ninguna porción del territorio “eran habitantes exclusivos” o constituían una mayoría. Comisión Central del Censo (Chile) 1912. – “Población indígena según el Censo de 1907”. - In: *Comisión Parlamentaria de Colonización* (ed.). - Informe, Proyectos de Ley, Actas de Sesiones y otros antecedentes. - Santiago de Chile: Universo, 1912, p. 201-204. - Tomada de la Memoria de la Comisión Central del Censo, p. xxi y sig.

proporcional con cifra repartidora y un sistema político multipartidista, favoreció las posibilidades de éxito de las candidaturas parlamentarias mapuche.

Posteriormente, y luego que la dictadura militar (1973-1990) impusiera el actual sistema político electoral basado en distritos diputacionales y circunscripciones senatoriales binominales para la configuración parlamentaria, los mapuche no han vuelto a ganar elecciones para el Congreso. Este sistema favorece a las grandes coaliciones y margina a las fuerzas políticas minoritarias o con implantación exclusivamente regional. El sistema binominal tiene el efecto de configurar un parlamento con sobre representación de la segunda mayoría política nacional, excluye a las minorías y no resulta representativo de la diversidad étnica, social y regional del país.

Del mismo modo, la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos¹¹¹, actualmente vigente, excluye explícitamente la existencia de partidos regionales al exigir para su conformación haberse “*constituido legalmente en a lo menos ocho de las Regiones en las que se divide políticamente el país o en mínimo de tres de ellas, siempre que estas últimas fueren geográficamente continuas*” (art. 3º), requisito que, junto a la afiliación necesaria de un “*número de ciudadanos inscritos en los Registros Electorales equivalente, a lo menos, al 0,5% del electorado que hubiese sufragado en la última elección de Diputados en cada una de las Regiones donde esté constituyéndose*” (art. 6º), eleva irracionalmente los requisitos y limita gravemente la posibilidad de que los mapuche participen del sistema político con instrumentos políticos de representación propia, o bien por medio de partidos territorialistas que expresen la voluntad de la población regional independientemente de su origen étnico.

La exclusión política de los mapuche en los órganos de elección popular y en particular del parlamento, es un problema que fue reconocido y abordado en las deliberaciones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (CVHNT)¹¹², creada por iniciativa gubernamental en el 2001. En su Informe final [2003], la Comisión coincidió con una moción de reforma constitucional formulada por un grupo de parlamentarios en 1999¹¹³, y recomendó reconocer derechos políticos a los pueblos indígenas, proponiendo la creación de **escaños reservados** para parlamentarios indígenas en ambas cámaras (diputados y senadores), además de puestos en los consejos regionales y municipales bajo formulas de proporcionalidad. No se incluyeron propuestas respecto a la conformación de organizaciones políticas indígenas, pero se propuso la conformación de un consejo nacional de pueblos indígenas de carácter consultivo.

Durante el 2006 y en el contexto del “Debate Nacional de Pueblos Indígenas”, proceso auspiciado por el actual Gobierno a fin de acoger demandas y aspiraciones como insumos a

¹¹¹ Ley N° 18.603 Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos: 11 de marzo de 1987 [Última modificación: Ley 19.884 del 5 de agosto de 2003]. Disponible en: <http://www.servel.cl/transparencia/normativa/18603.pdf> [fecha de consulta: 07.07.2009]

¹¹² Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Disponible en: http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/ [fecha de consulta: 07.07.2009]

¹¹³ Huenchumilla, Francisco et aliter [Diputados de la República] 1999.- “*Reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado [Moción]*”.- Santiago: junio 9 de 2006. Ingresado a la Cámara del Senado el 6 de julio de 1999.- N° de Boletín: 2360-07

sus políticas gubernamentales, las comunidades y organizaciones agrupadas en la Coordinadora de Organizaciones Mapuche (COM), reiteraron la necesidad de contar con **medidas especiales** que les permitiesen ejercer sus derechos políticos, en particular por medio del acceso a los órganos electivos de toma de decisiones a través de la generación de “cupos” en el Parlamento y en los consejos regionales y municipales. En el mismo sentido se pronunciaron los Concejeros Indígenas de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; los militantes mapuche de la coalición de partidos de Gobierno, agrupados en la “Concertación Mapuche” y el partido mapuche en formación Wallmapuwen que, tiempo antes y en el contexto de la presentación de su programa político, propuso además la creación de una circunscripción electoral única y la instauración de un sistema electoral proporcional que permitiese la elección popular del intendente y los consejeros regionales en la Región de la Araucanía.

En respuesta a las demandas formuladas por las organizaciones en el Debate Nacional de Pueblos Indígenas el Gobierno anunció, de manera más bien vaga, en la presentación de los “*Nuevos Ejes de la Política Indígena*” (2007)¹¹⁴, su intención de estudiar el establecimiento de mecanismos y procedimientos de participación de los pueblos indígenas “*en diversas instancias del Estado*”; y posteriormente se comprometió, de manera explícita, a impulsar proyectos legislativos respecto de los escaños reservados en el Parlamento y los consejos regionales y municipales, en “*RE-CONOCER: Pacto social por la Multiculturalidad*”¹¹⁵ [2008], plan de acción que busca materializar compromisos pendientes de los sucesivos gobiernos de la coalición gobernante en materia de políticas públicas para los pueblos indígenas.

Finalmente, durante el primer trimestre de 2009, el Gobierno sometió a consulta de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas, los fundamentos de un proyecto de ley que busca impulsar la participación política de los pueblos indígenas en los órganos electivos de toma de decisiones, a través de la conformación de un registro electoral indígena especial, y la elección de diputados y consejeros indígenas bajo formulas de proporcionalidad, incluyendo la creación de un Consejo Nacional de Pueblos Indígenas de carácter consultivo. No obstante ello, el proceso de consulta no agotó los requisitos que pudiesen haberle dado legitimidad además que, inexplicablemente, no integró en su propuesta las recomendaciones de la CVHNT, ni los propios compromisos del RE-CONOCER, pues excluyó de la consulta los escaños reservados en el senado y los cupos en los consejos municipales. Hasta el cierre de este informe, el resultado final de la consulta no era todavía devuelto a las comunidades, asociaciones y organizaciones que fueron consultadas.

¹¹⁴ Bachelet, Michelle [Presidenta de la República] 2007.- “*Ceremonia avances y nuevas definiciones de la política indígena. Intervención de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, al anunciar agenda indígena ‘Re-Conocer: Pactos social por la multiculturalidad’*”. Santiago 01/04/2008. Disponible en: <http://www.prensapresidencia.cl/view/viewArticulosGeneral.asp?codigo=4429&tipo=Discurso> [fecha de consulta: 07.07.2009]

¹¹⁵ Bachelet, Michelle [Presidenta de la República] 2008.- “*Anuncio nuevos ejes de la política indígena*”. Santiago el 30/04/2007. Disponible en: <http://www.prensapresidencia.cl/view/viewArticulosGeneral.asp?codigo=3802&tipo=Discurso> [fecha de consulta: 07.07.2009]

d.1) Situaciones específicas de discriminación racial de los mapuche en el ámbito político

Considerando las graves distorsiones en la representación parlamentaria que a nivel nacional genera el sistema de distritos y circunscripciones binominales, en 2006 la Presidenta de la República creó un grupo de trabajo encargado de formular una propuesta de reforma del sistema, cuyos resultados fueron integrados en un Proyecto de reforma electoral que la Presidenta envió al Congreso¹¹⁶ en junio del mismo año y que retiró, por falta de apoyo político de las bancadas, en abril de 2007.

El lamentable fracaso de la propuesta permitió apreciar que no existe, ni por parte de sectores importantes de la coalición de gobierno, ni de la oposición, una voluntad de cambio sustantiva respecto del régimen electoral, en particular respecto de la fórmula mayoritaria que según unos y otros asegura la gobernabilidad del país. A cambio de evitar reformas profundas, las grandes coaliciones han estado dispuestas a bajar los umbrales de entrada al sistema, o favorecer con escaños a los mejores perdedores. Últimamente, a integrar a los partidos pequeños en alianzas electorales que les permitirían competir al interior de las listas de los conglomerados, sin modificar el sistema binominal.

No obstante ello, los pueblos indígenas continúan estando ausentes de las formulas. En este sentido, el proyecto de reforma electoral presentado por el Ejecutivo en el 2006 no guardaba relación, ni recogía las propuestas de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato formuladas tres años antes, y desincentivaba explícitamente la creación de partidos políticos “monotemáticos” o “territorialistas”. A juicio del Ejecutivo: *“la gobernabilidad se verá fortalecida si se desincentiva la presencia de partidos monotemáticos, de una sola causa o establecidos sólo en un territorio específico sin alcance nacional. Es preferible que el sistema electoral contenga incentivos para que se incorporen o sean incluidos por partidos mayores”*¹¹⁷. Naturalmente, un sistema de este tipo afectaría gravemente la posibilidad de que los mapuche creen partidos políticos propios basados en sus demandas particulares (monotemáticos) o en las regiones donde se concentra mayoritariamente la población mapuche (territorialistas).

El proyecto en cuestión, si bien resolvía distorsiones de representación a nivel nacional, resultaba atentatorio del derecho que los mapuche tienen a la participación política, por cuanto no consideró la aplicación de medidas de carácter afirmativo que permitiesen a los pueblos indígenas participar de la *“conformación de la voluntad general de la nación”* por medio de una cuota de parlamentarios indígenas en ambas cámaras del Congreso, y representación proporcional en los consejos regionales y municipales, como lo recomendó la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato,

El proyecto era también atentatorio del derecho de los mapuche a organizarse para procurar su participación en los órganos electivos de decisión política, por cuanto la propuesta de

¹¹⁶ Bachelet, Michelle [Presidenta de la República] 2006.- *“Mensaje de S.E. con el que inicia un proyecto de reforma constitucional que establece bases para un nuevo sistema electoral”*.- Santiago: junio 9 de 2006. Ingresado a la Cámara del Senado el 15 de junio de 2006.- N° de Boletín: 4245-07

¹¹⁷ Ibid, p.13

reforma al sistema electoral favorecía explícitamente a los conglomerados políticos de alcance e intereses nacionales, en desmedro de los grupos sociales y regionales con intereses específicos.

Debido a ello, los mecanismos generales que se proponían en el proyecto de reforma al sistema electoral, no solo podrían tener el efecto de mantener la marginalización de los mapuche del sistema político, sino que agravarla aun más por las consecuencias discriminatorias que podría tener sobre el derecho de los pueblos indígenas a organizarse, inclusive políticamente, para promover y defender sus intereses. Siguiendo el razonamiento del Programa de Derechos y Políticas Indígenas de la Universidad de Arizona: “*En el caso específico de los pueblos indígenas, el deber de los Estados de eliminar las barreras institucionales que limitan la participación política de los pueblos indígenas incluye el deber de abstenerse de establecer requisitos que limiten de forma irrazonable o arbitraria el derechos de estos a su propia organización*”¹¹⁸.

Conclusión

Chile se encuentra comprometido, en virtud del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, “*a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley*”, incluyendo, según la letra c) del mismo artículo, a garantizar el goce de los derechos políticos, “*en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas*”.

El derecho a la participación política, en cuanto derecho humano universal, goza de un amplio consenso normativo internacional, y como tal se refleja tanto en normas de derechos humanos de validez universal, como en instrumentos normativos de alcance regional. Los órganos internacionales de observancia de estos instrumentos, y la jurisprudencia de países partes señalan que “*la importancia fundamental de este derecho reside en su condición de fundamento de la forma representativa y democrática de gobierno y garantía de los demás derechos humanos*”¹¹⁹. El derecho a la participación política reconocido en los instrumentos internacionales, incluye el deber del Estado de abstenerse de realizar actuaciones que conduzcan a su limitación arbitraria, como el deber de adoptar medidas especiales que aseguren la participación política de los pueblos indígenas y de otros grupos vulnerables.

Por ello, la insistencia en la aplicación al conjunto de la población chilena de requisitos uniformes para regular la participación política (aunque estos hubiesen mejorado ostensiblemente la representatividad del Congreso, como en el Proyecto de Reforma de 2006), o la mantención del actual estado de cosas, sin considerar las especificidades de los

¹¹⁸ Anaya, S. James [Prof.] & Rodríguez-Piñero Royo, Luís.- “*Amicus curiae presentado por el Programa de Derechos y Políticas Indígenas [Indigenous Peoples Law and Policy Program] Universidad de Arizona en el caso Yatama v. Nicaragua Caso N° 12.388.- Tucson, Arizona, USA. s/f*”

¹¹⁹ Ibid, p.8

pueblos indígenas ni las limitaciones estructurales e institucionales del sistema político que provocan su infrarepresentación en los órganos de representación política, equivale a prolongar una situación de marginalización y discriminación que obliga a la dependencia de los mapuche de las organizaciones políticas nacionales –en cuyo seno el peso político de las mayorías difumina sus demandas particulares– o bien, los obliga a ejercer acciones de presión, incluso al margen del sistema.

La consideración de medidas especiales que propicien el ejercicio de los derechos políticos en condiciones de igualdad para los mapuche, como aquellas que han sido propuestas consecutivamente por un grupo de diputados (1999), la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003), las comunidades y organizaciones vinculadas a los Consejeros Indígenas de la Conadi (2006), los militantes mapuche de la Concertación de Partidos por la Democracia (2006), la Coordinadora de Organizaciones Mapuche (2007), y en un contexto aparte, por Wallmapuwen (2006), apuntan a crear las condiciones de justicia que permitan el ejercicio del derecho a la participación política de los mapuche en un contexto libre de discriminaciones por acción u omisión. Es además la mejor garantía de estabilidad del sistema político y la base sobre la cual puede proyectarse la construcción de una democracia multicultural que acoja la diversidad y aliente la convivencia sobre un horizonte de valores comunes.

Recomendaciones:

- Reponer –a lo menos en el sentido de las Recomendaciones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato y en consulta con las organizaciones mapuche– el Proyecto de Reforma al Sistema Electoral presentado al Congreso en 2006, de tal modo de *integrar medidas afirmativas* que favorezcan la organización política y la representación de los mapuche en los órganos electivos de decisión política a nivel nacional, regional y municipal.
- Acoger, como criterios bases para el desarrollo de procesos de consulta al pueblo mapuche sobre medidas especiales respecto de su derecho a la participación política, *los principios normativos y la doctrina internacional aplicable a los procesos de consulta*, que el Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, Profesor James Anaya, reseñara con ocasión de la Consulta Nacional a los Pueblos Indígenas sobre Reconocimiento Constitucional.
- Impulsar, en cooperación con las organizaciones mapuche interesadas, un encuentro internacional sobre *buenas prácticas* respecto del ejercicio del derecho a la participación política por parte de los pueblos indígenas.

e) Matrimonio y salud intercultural

7. Además de lo señalado en los párrafos 26 al 40 del informe del Estado parte, sírvanse proporcionar información desagregada sobre el desarrollo social en Chile, que permita determinar los problemas específicos que se presentan a los pueblos indígenas y facilitar el diseño de políticas adaptadas a sus necesidades.

e.1) Matrimonio

Francisco Ancamil, mapuche, y María Hernández, de 69 y 65 años respectivamente, ya casados tanto de forma civil como religiosa, el 17 de Enero del presente año celebraron el que fuera el primer matrimonio mapuche realizado en la comuna de Lo Espejo, Santiago. El motivo de que a su avanzada edad, la pareja hubiese querido sacralizar su vínculo según los usos mapuches, es que don Francisco Ancamil sentía “un vacío en el corazón, pues a pesar de los años que llevaban casados según las instituciones occidentales, no se había realizado dicho rito ante sus autoridades tradicionales”, según explica el werken de la asociación mapuche *We Kiyen*, Moisés Cañulef, en donde se organizó el matrimonio. Como se ve, íntimamente relacionado al tema de la discriminación racial en materia religiosa, se encuentra la verdadera impermeabilidad de las instituciones legales de familia chilenas, respecto de las concepciones indígenas de las mismas. Y donde dicha actitud discriminatoria alcanza un punto cúlmine, es en el matrimonio.

Por más de que el Estado, en el párrafo 224 de su Informe al CERD, se enorgullezca de que, gracias a la posibilidad de que los trámites del matrimonio civil puedan realizarse en la lengua vernácula de los pueblos indígenas, se vea purgada dicha normativa de toda forma de discriminación racial, lo cierto es que si uno mira al fondo del asunto, esta medida no deja de ser meramente cosmética. Y es que, a pesar de la recomendación explícita de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato acerca de la materia, en el sentido de “Aceptar los ritos matrimoniales que son propios de los Pueblos Indígenas y darle validez jurídica”¹²⁰, la actual ley continúa cerrada a la aceptación de la diferencia religioso-cultural indígena, lo que constituye, consecuentemente, tanto una discriminación al derecho al matrimonio como a la libertad religiosa. Ello principalmente en el sentido de que deja sin reconocimiento y sin validez jurídica a los ritos matrimoniales indígenas, y esto en dos sentidos, que han sido tradicionalmente la forma de dar cabida a la diferencia cultural en el derecho comparado.

El primer sentido, es aquel referido a las uniones de hecho, o concubinato. La legislación nacional ha seguido un criterio abstencionista en esta materia, desentendiéndose de cualquier tipo de regulación al respecto. Con esto se ignora una herramienta que permite proporcionar efectos jurídicos a los ritos matrimoniales celebrados por pueblos indígenas, como de hecho se hace en otras legislaciones sudamericanas (v. gr., Bolivia¹²¹). Independientemente de la apreciación axiológico-jurídica que se pudiese hacer sobre las uniones libres como institución, hay estudios que concluyen que, en el caso particular del pueblo aymara, la reglamentación de esta institución puede justificarse “como una manera de integrarlos efectivamente a las normas que reglan las relaciones de familia, sin imponerles una normativa ajena a los usos que rigen en materia de convivencia desde antes

¹²⁰ “Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Vol. I, Segunda Parte, p. 603.

¹²¹ En el art. 160 del Código de la Familia boliviano, luego de definir las “uniones conyugales libres”, estipula: “(Formas prematrimoniales indígenas y otras uniones de hecho). Quedan comprendidas en las anteriores determinaciones las formas prematrimoniales indígenas como el “tatanacu o sirvinacu”, las uniones de hecho de los aborígenes y otras mantenidas en los centros urbanos, industriales y rurales.

Se tendrán en cuenta los usos y hábitos locales o regionales siempre que no sean contrarios a la organización esencial de la familia establecida por el presente Código o que no afecten de otra manera al orden público y a las buenas costumbres”.

de la Conquista, los que se encuentran atávicamente arraigados en la conciencia colectiva de estos grupos sociales”¹²². Si bien la Ley Indígena hace referencia periféricamente a los efectos jurídicos que pudiesen tener las relaciones de hecho indígenas –principalmente en su Art. 4 a través de la poco funcional figura de “la posesión notoria del estado civil”¹²³, y en su Art. 14, cuando habla de la necesidad de la autorización del Art. 1.749 del Código Civil de la “mujer con la cual ha constituido familia” cuando no hubiese existido matrimonio civil¹²⁴-, el que sea esta única y dispersa normativa la que indirectamente se encarga del tema de la validez jurídica, y el hecho de su completa omisión en la Ley de Matrimonio Civil (Ley 19.947), evidencia la total falta de interés del Estado chileno en evitar la discriminación racial en cuanto al derecho al matrimonio y, consecuentemente, en lo referido a la libertad de religión y de culto.

Sin embargo, y este es el segundo sentido al que nos referíamos en párrafos anteriores, quizás la forma de discriminación más flagrante y violenta en este tópico, sea la que se hace al momento de la regulación del matrimonio religioso. En el párrafo 4º, artículo 20 y siguientes de la ley, se consagra la validez del matrimonio celebrado ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público, siempre que el acta de constitución del matrimonio sea inscrita en el Registro Civil. Esta capacidad de celebrar matrimonio por todas aquellas iglesias que se hayan constituido de acuerdo a lo prescrito en el Art. 10 de la ley 19.638 (Ley de cultos), significa al mismo tiempo una declaración implícita de la falta de capacidad indígena para hacer valer positivamente sus instituciones tradicionales. En pocas palabras, la única forma de que éstas tengan efectos jurídicos, es dejando de ser indígenas, organizándose y enmarcándose dentro de una estructura de administración religiosa que les es totalmente ajena. El hecho de que, a diferencia de otras legislaciones¹²⁵, la ley de matrimonio civil no esté redactada de forma tal que dentro de la validez que se le da al matrimonio religioso, se considere también al matrimonio indígena, implica una grave violación del derecho a la libertad religiosa y al derecho al matrimonio de estos pueblos.

¹²² Martinic, María D., “El concubinato y figuras afines: un caso de marginalidad jurídica”, en Barros, Enrique (Coord.), *Familia y personas*, Editorial Jurídica, 1992, Santiago, p. 75.

¹²³ Art. 4: “Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director.”

¹²⁴ Art. 14: “Tanto en las enajenaciones entre indígenas como en los gravámenes a que se refiere el artículo anterior, el titular de la propiedad deberá contar con la autorización establecida en el artículo 1.749 del Código Civil a menos que se haya pactado separación total de bienes y, en caso de no existir matrimonio civil, deberá contar con la autorización de la mujer con la cual ha constituido familia. La omisión de este requisito acarreará la nulidad del acto”.

¹²⁵ De nuevo se alza acá como ejemplo paradigmático el Código de Familia de Bolivia. Art. 42: “(Matrimonio religioso con efectos civiles). No obstante, el matrimonio religioso será válido y surtirá efectos jurídicos cuando se lo realice en lugares apartados de los centros poblados donde no existan o no se hallen provistas las oficinas del registro civil, siempre que concurren los requisitos previstos por el Capítulo II del presente título y se lo inscriba en el registro civil más próximo, debiendo el celebrante enviar para ese fin al oficial del registro civil el acta de celebración y demás constancias bajo su exclusiva responsabilidad y sujeto a las sanciones que se establecerán en su caso, sin perjuicio de que puedan hacerlo los contrayentes o sus sucesores”.

Recomendación:

- Se recomienda al Estado chileno el adecuar la normativa relativa a la celebración del matrimonio civil, de forma tal que permita otorgar validez jurídica a los ritos matrimoniales propios de los pueblos indígenas.

e.2) Salud intercultural

En lo referido a los Derechos económicos, sociales y culturales, quizás uno de los temas que más enfatiza el gobierno en su Informe al CERD sea el caso de la salud intercultural (párrafos 244-258). Si bien es menester reconocer que afectivamente acá ha habido cierto avance respecto de la nula consideración que se hacía del contexto cultural en esta materia, lamentablemente aún sigue imperando una visión más efectista que efectiva en el despliegue de las políticas de salud intercultural.

El Programa Especial de Salud y Pueblos Indígenas, implementado por el Ministerio de Salud, comenzó a desarrollarse desde 1996, aunque ya tenía sus antecedentes directos en el Programa de Salud con Población Mapuche del año 1992, a cargo del Servicio de Salud Araucanía en la IX región del país, el que contemplaba una serie de estrategias que consideraba e incluía las variables étnico-culturales de la población mapuche en el proceso de atención y recuperación de la salud. Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido, aún no es posible hablar de un real avance en la no discriminación en el acceso a la salud.

En un estudio del año 2004 acerca de las políticas de salud intercultural desarrolladas en la IX región, se constataba las deficiencias que había en la implementación de dichas políticas, especialmente dada las fuertes diferencias entre los proveedores de salud y los usuarios mapuches, discrepancias que se focalizaban esencialmente en la falta de comprensión por parte de los proveedores de la necesidad de una salud diferenciada para el caso de los indígenas y en las acusaciones de los usuarios de la discriminación de los equipos de salud¹²⁶. En el mismo sentido, un estudio realizado en el año 2006, acerca de la salud intercultural en espacios urbanos, específicamente en la comuna de Pudahuel, Santiago, da cuenta que este contexto seguía funcionando bajo la lógica de hegemonía/subalternidad que ha caracterizado la relación del Estado con los pueblos Indígenas; el efecto sobre el cual se enfocaba la referida investigación, era la ausencia de derivaciones por parte de la medicina occidental a la mapuche, mayormente explicada por el rechazo que ésta última provoca en los proveedores de aquella¹²⁷. Ahora, uno podría pensar que dichos datos no representan la realidad actual, sin embargo, basta observar la situación que se vive en el Hospital Intercultural de Nueva Imperial. Hasta el año 2008, en dicho establecimiento había un Comité de Interculturalidad, que era el que se encargaba del

¹²⁶ Alarcón, A., Astudillo, P., Barrios, S., y Rivas, E., “Política de Salud Intercultural: Perspectiva de usuarios mapuches y equipos de salud en la IX región, Chile”, en *Revista Médica de Chile*, Vol. 132, N°9, 2004, pp. 1109-1114.

¹²⁷ Aguirre Fonseca, Verónica, *La figura del facilitador intercultural mapuche. ¿Hacia una verdadera interculturalidad en salud? La experiencia de salud en la comuna de Pudahuel*, Memoria para optar al título de Antropóloga social, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología, Universidad de Chile, 2006, Santiago, p. 108 y ss.

tema de salud intercultural, especialmente a través de un programa de derivación y contra-derivación entre ambos módulos tanto mapuche como hospital de atención general, así como también con unidades educativas para el personal del hospital sobre cosmovisión mapuche y el uso de hierbas medicinales. Actualmente el comité no se encuentra funcionando, debido a que la dirección del Hospital no considera como compromiso de gestión el trabajo en conjunto entre el módulo mapuche y la atención del hospital, ya que el módulo mapuche se encuentra en un edificio independiente. El escenario se complejiza en demasía, si se considera el hecho de que ya no están trabajando con facilitadores interculturales, los que, se sabe, constituyen el eje principal para la implementación de las políticas de salud intercultural en Chile.

Vale mencionar que siempre que se hable de los derechos económicos sociales y culturales, se debe partir de la base de que, para poder ser realizados en la práctica, se requiere de un cierto modelo de organización estatal, de una serie de precondiciones de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás¹²⁸. En este sentido, para lograr la real eficacia de la salud intercultural, es de suma importancia la acción afirmativa del Estado para obtener de parte de los sujetos intervinientes en este tipo de políticas lo que se ha llamado la “validación cultural”, esto es, el que se acepte la legitimidad del modelo de salud y enfermedad del paciente considerando el contexto cultural en que este modelo emerge. Ello no significa que el profesional comparta el mundo simbólico del paciente, sino que comprenda, respete e incluso integre algunos elementos culturales que considere relevantes para el proceso de recuperación del enfermo¹²⁹. Dichas políticas son escasas y dirigidas a través de capacitaciones que culturalizan y esencializan las diferencias médicas¹³⁰, lo que se traduce en que actualmente los módulos indígenas se hayan transformado un mero apéndice folclórico de los hospitales, perpetuándose con ello la discriminación indígena en el acceso a la salud.

Asimismo, la orientación de la política en salud intercultural no ha considerado en qué sentido la salud, por ejemplo en el caso mapuche, representa un hecho integral vinculado al respeto de normas sociales, a las relaciones entre la comunidad y los distintos seres y entidades que habitan los varios espacios territoriales (*mapu*) que conforman el cosmos (*wajontumapu*), así como también a la preservación del territorio y de los diversos espacios (*menoco*, *mawida*, *mallin*, *pitrantu*) en los cuales crecen las plantas medicinales (*lawen*). En este sentido, una de las grandes carencias de la salud intercultural, es que no se toma en cuenta a este tema dentro de un espectro más amplio, que incluya al resto de los problemas y necesidades político-económicos de los pueblos indígenas.

Un último punto a subrayar en torno a la discriminación que, a este respecto, serían víctimas los pueblos indígenas, es la casi nula participación de las comunidades en los diseños de las políticas de salud intercultural, convirtiéndolos en meros ejecutores u

¹²⁸ Carbonell, Miguel, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, p. 44.

¹²⁹ Alarcón, A., Vidal, A., y Neira Rozas, J., “Salud intercultural: elementos para la construcción de sus bases conceptuales”, en *Revista Médica de Chile*, vol. 131, N°9, 2003, pp. 1061-1065.

¹³⁰ Boccara, G., “Etnogubernamentalidad. La formación del campo de la salud intercultural en Chile”, en *Chungará. Revista de Antropología Chilena*, vol. 39, N° 2, 2007, pp. 195 y ss.

operadores de programas pensados desde el Estado. Ello hace que el publicitado programa de salud intercultural se resuelva en otro modo de mantención de la hegemonía estatal sobre los mundos de vida indígenas, y que redunde en la vulneración de su derecho al acceso a la salud pública.

En síntesis, la omisión de políticas claras y eficaces por parte del Estado en estas materias, hace que la brecha entre ambos tipos de medicina continúe incrementándose, y con ello, que se continúe reproduciendo la situación de verticalidad entre el Estado y los pueblos indígenas. Con ello, se les sigue poniendo barreras y discriminando a las comunidades indígenas en cuanto a su derecho de un real acceso a la salud, según sus propios criterios culturales.

Recomendaciones:

- Se recomienda al Estado chileno replantear completamente las políticas de salud intercultural, lo que va desde una profundización de la validación cultural en los biomédicos que trabajan en las zonas donde se desarrolla el programa, a la comprensión del fenómeno de la “salud” dentro de los marcos de dificultades económicas y políticas que enfrentan los pueblos indígenas, y al consecuente involucramiento de ellos en la diagramación de las políticas de salud.