

Derechos Humanos

de los Indígenas

1. INTRODUCCIÓN

Los principales pueblos indígenas en Chile son el mapuche, aymaras, atacameño, rapa nui, además la ley indígena considera a los colla¹ y a los indígenas de los canales australes (kawaskar y selknam).

Aunque actualmente los mapuche habitan fundamentalmente en la Región Metropolitana, un porcentaje importante se concentra aún en lo que fue su territorio histórico (Octava, Novena y Décima regiones). Antes de la llegada de los españoles ocupaban un vasto territorio, que se extendía hacia la zona central del país, y hasta comienzos de la república (mediados del siglo XIX) se expandieron entre el río Bío Bío y Chiloé, y hasta el Atlántico y cerca de la provincia de Buenos Aires, en la actual Argentina. Los mapuche han vivido fundamentalmente de la recolección, pesca y caza, además de la horticultura a pequeña escala, aunque durante los siglos XVII y XVIII generaron una importante actividad ganadera. Su relación con la tierra no era de propiedad, sino de usufructo comunitario; su organización básica tradicional es la familia ampliada o un grupo de ellas, que a su vez se organizaban, a la llegada de los españoles, en identidades territoriales o *butalmapus*, por zonas geográficas. A fines del siglo XIX, los mapuches son incorporados a los Estados chileno y argentino, perdiendo alrededor del 90% de su territorio en Chile. El Estado chileno le entregó a su vez títulos comunitarios de dominio que en el curso del siglo XX, por aplicación de diversas leyes, se fueron dividiendo, hasta que finalmente el Gobierno militar vendrá a abolir la propiedad colectiva de los mapuche.

¹ Varios de estos pueblos habitan no solo en Chile sino también en países vecinos (Argentina, Perú, Bolivia).

En el caso de los atacameños, estos habitan en la Segunda Región entre las nacientes del río Loa y el sur del salar de Atacama, así como en el suroeste de Bolivia y en la provincia de Salta, Argentina. En la antigüedad los atacameños se dedicaron fundamentalmente a la caza de rebaños de caballos. Más tarde, producto de la sedentarización, desarrollaron la agricultura mediante técnicas aprendidas de otros pueblos². Durante el siglo XIX el desarrollo económico de la costa significó una expansión del intercambio comercial y ganadero. Hacia 1870, los atacameños se incorporan a la actividad minera, mientras que el posterior desmantelamiento de las salitreras y el surgimiento de los grandes centros urbanos del norte chileno provocó un colapso de su economía, que actualmente se basa en la agricultura y el pastoreo transhumante de llamas y ovinos. El *ayllu* es la unidad básica de los atacameños, configurada por aspectos de parentesco y territorio; habitualmente se organizan en poblados con un patrón de asentamiento disperso en torno a una aldea principal. La escasez de agua ha implicado el desarrollo de unas reglas consuetudinarias vinculadas al uso comunitario de las aguas, las que han estado sometidas a la preeminencia del derecho estatal sobre aguas.

El territorio aymara se extiende más allá de las fronteras nacionales. Con la anexión de Arica y Tarapacá, la situación de los aymaras cambió considerablemente. A la integración geopolítica, que se realizó a fines del siglo XIX y comienzos del XX, le siguió un proceso de concientización con el objeto de asegurar su soberanía en este espacio. Por este proceso se expropiaron territorios tradicionalmente ocupados por aymaras, se desconoció la autoridad tradicional de los ayllu, imponiendo autoridades estatales como jueces de subdelegación, inspectores, cabos celadores, etc. Su actividad económica ha estado marcada por la producción minera, que entre fines del siglo XIX y principios del XX estuvo centrada en la explotación artesanal del azufre y el oro, y en la aportación de mano de obra a las salitreras. Posteriormente, y con el deterioro de esta actividad, los aymaras han desarrollado la ganadería transhumante de llamas, alpacas y ovejas, y la agricultura, incorporando el cultivo de la alfalfa y orégano que comercializan en Arica e Iquique.

Los rapa nui fueron sometidos a la soberanía chilena en 1888, cuando el marino chileno Policarpo Toro suscribe con las autoridades de la isla un acuerdo por el cual los rapa nui renunciaron a su soberanía a favor del Estado chileno, sin conceder –en cambio– la propiedad de las tierras. La apropiación de ellas por el Estado, al

² Ver Mideplan, 1999. "Línea de base Área de Desarrollo Atacama la Grande", p. 5.

amparo de la legislación que le reserva las tierras no inscritas, ha sido uno de los principales problemas que han debido enfrentar los rapa nui.

Los indígenas constituyen un grupo considerable dentro de la población nacional³. Según el censo de población y vivienda de 1992⁴ un 10,3% de la población nacional mayor de 14 años es indígena (cerca del 12% del total), es decir, 998.385 personas. La etnia indígena más numerosa es la mapuche, que constituye el 93% de la población indígena⁵, y que, considerando a los menores de 14 años, alcanzaría a más de 1.300.000. Los aymaras constituyen el 5 % de la población indígena nacional con 8.477 habitantes (mayores de 14 años)⁶, y los rapa nui, el 2 %, con 21.848. Los atacameños no fueron considerados en el censo, pero se ha podido establecer que alrededor de 10.000 de ellos habitan territorio nacional⁷. El 40% del total de los indígenas habitan en la Región Metropolitana.

No obstante esta relevancia demográfica, la situación de pobreza en que se encuentran constituye una señal de la discriminación a que han estado sometidos. La encuesta CASEN del año 1996 arrojó que más del 35% de la población indígena es considerada pobre, y que un 10,6% vive en condiciones de indigencia. Mientras que en la población no indígena, solo un 22,7% se consideraba en esa fecha bajo la línea de la pobreza (y el 5,5% indigentes). A su vez, se ha podido establecer que entre los mapuche existe un 38,4% que se encuentra en situación de pobreza; que en la Novena

³ Por sobre otros países de Latinoamérica, como Paraguay, Argentina, Brasil, Costa Rica, Venezuela (porcentualmente), como consta en el estudio "El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: Un estudio de casos. José Aglier, CEPAL, Naciones Unidas, volumen I, pág. 10, 2002.

⁴ A la fecha de este informe no existen antecedentes específicos del censo de 2002.

⁵ Este porcentaje arrojado del censo de 1992 puede ser corregido en atención a que no considera otras etnias no encuestadas, y considerando los problemas metodológicos de la pregunta formulada y los errores propios de las encuestas como señala Gabriela Pérez en su artículo "Población Mapuche en Chile. Situación sociodemográfica (Censo de 1992)", en "Pueblo Mapuche: Desarrollo y Autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural". 2000. Sandra Pérez ed. Ediciones Escapate, Temuco, 2000; de ahí que en estudios recientes, como la Línea de Base del "Proyecto Orígenes" del Ministerio de Planificación, se estime que la población mapuche representa el 83% de los indígenas en Chile.

⁶ Por las mismas razones señaladas en la nota anterior, se ha estimado actualmente la población aymara en el 14% del total de la población indígena.

⁷ Araya, José; *et al.* 2001. "Informe de Derechos Humanos 1990-2000". Programa de investigación Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo CODEPU. Serie Retrospectiva y Reflexión. Santiago de Chile, 2001, p. 139.

Región, la de más alto porcentaje de población indígena, los índices de pobreza superan el 36%; y que en la Octava existe el mayor índice de pobreza, considerando solo la población indígena (52,3%).

Por otra parte, en los últimos años los medios de comunicación han informado profusamente acerca de los que se ha denominado el “conflicto mapuche”, esto es, las tensiones provocadas por indígenas que supuestamente se oponen al proceso de desarrollo económico del país. El Instituto Libertad y Desarrollo realizó un estudio al respecto en julio de 2002⁸, donde da cuenta de que los noticiarios de los canales Megavisión, Chilevisión, Televisión Nacional y de la Universidad Católica, en sus noticiarios centrales (que representan el 70 % del rating de ese horario), mostraron 75 noticias referidas a este tema, entre enero y marzo del mismo año, abarcando un total de 7.952 segundos. La imagen que ofrece la prensa de los mapuche⁹, los muestra como los protagonistas exclusivos del conflicto; en general, se les ve como organización(es), no como pueblo o cultura; y se les discrimina como fuente de información¹⁰. En junio de 2002 se realizó una sesión especial de la Cámara de Diputados, para debatir acerca del “conflicto mapuche”. En este debate especial se planteó que “el terrorismo se expande en sectores rurales de la Novena Región y en la parte sur de la Octava Región”¹¹, producto de la infiltración o de la “instrumentalización” de los mapuche por grupos radicalizados. Se hicieron propuestas al gobierno consistentes en la toma de medidas para proteger la seguridad de la zona. Además, la discusión se centró en la eficacia de las políticas públicas del gobierno: así, parlamentarios de oposición¹² cuestionaron la legislación vigente, denunciaron irregularidades en los servicios públicos y propusieron medidas económicas para la superación del “conflicto” (incentivo tributario para las empresas, a fin que contraten mano de obra indígena; fomento de pequeños proyectos municipales para la contratación de personas, y para el largo plazo, bonos de incentivo familiar para el mejoramiento de la educación), mientras que los

⁸ Serie Informe Social N° 69 “La Cuestión Mapuche en los noticieros de televisión”, Magdalena Gaete, Instituto Libertad y Desarrollo.

⁹ Ver Faúndez, Juan, “El discurso de la prensa de circulación nacional y el conflicto mapuche”, en “Derechos, Reforma a la Justicia y Pueblo Mapuche”, Instituto de Estudios Indígenas y Corporación FORJA, Formación Jurídica para la Acción, pp. 109-116 (2002).

¹⁰ Las conclusiones se refieren al análisis de un conjunto de titulares de diarios de circulación nacional del año 2001, así como de otros medios de prensa escritos.

¹¹ Intervención del Diputado Francisco Bayo.

¹² Eduardo Díaz y Francisco Bayo.

diputados y funcionarios oficialistas¹³ pusieron el acento en el éxito de la actividad del gobierno. En definitiva, la Cámara de Diputados acordó expresar su rechazo a la violencia como mecanismo de reivindicación de tierras y de obtener decisiones de la autoridad y solicitar al gobierno que se haga parte en todos los procesos judiciales “iniciados a raíz de estos delitos violentos en contra de estas personas”.

Si bien “la cuestión indígena” es un asunto casi inmemorial (que ha tenido, según la época y contexto, diferentes significados y acercamientos), actualmente tiene que ver con la discusión más universal acerca de las identidades culturales en los procesos de globalización y la vigencia de los derechos humanos. En esta perspectiva, se ha venido dando una confrontación entre las reivindicaciones de los indígenas y las políticas gubernamentales, fundadas en un modelo económico mundializado y en una concepción integracionista. Si bien un conflicto no tiene por sí mismo una connotación negativa, ya que manifiesta las visiones e intereses diversos que existen en una sociedad, y que resueltos de manera adecuada contribuyen a la democratización y transformación social, y que en el caso chileno estas posiciones no son en definitiva tan contradictorias como aparecen, la imposibilidad de encontrar formas de canalizar este conflicto ha provocado una radicalización del mismo, profundizando las diferentes posiciones, generando ciertos grados de violencia y hostilidad, como manifestaciones de discriminación y racismo. Como consecuencia de ello, se puede apreciar la estigmatización de los indígenas como sujetos sociales marginales e inadaptados, y la vulneración de una serie de derechos, que si bien (algunos de ellos) no tienen reconocimiento interno, son compartidos en el contexto internacional. Especialmente, los problemas que se pueden apreciar en la situación chilena respecto de los pueblos indígenas, y que serán analizados en este capítulo, se refieren a la participación de los indígenas en el contexto social y político nacional; los derechos sobre la tierra y sus recursos naturales, que constituyen un aspecto esencial de su existencia como tales; y el tratamiento que se les ha dado en el ámbito judicial, en casos surgidos como consecuencia del “conflicto indígena”.

2. PUEBLOS INDÍGENAS Y TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

La relación entre los Pueblos Indígenas y el Estado, en un escenario democrático postdictadura, se inaugura en 1989 con el acuerdo político suscrito por la Concertación de Partidos por la Demo-

¹³ Eugenio Tuma, Camilo Escalona, Jorge Correa.

cracia y gran parte del movimiento indígena de la época, en Nueva Imperial. Por este compromiso las organizaciones indígenas otorgaban apoyo electoral al candidato presidencial de esa coalición, Patricio Aylwin, mientras que el futuro gobierno se comprometía a obtener un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales y la creación de una Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), que estaría a cargo de formular una propuesta de nueva legislación para los indígenas.

Este acuerdo apareció para las organizaciones indígenas como una posibilidad de canalizar antiguas reivindicaciones, constituyendo también una alternativa para revertir consecuencias generadas por las políticas del régimen militar, fundadas en la asimilación y en el desconocimiento de los indígenas, y traducidas en la persecución y represión de que fueron objeto durante el gobierno de los militares. Para los aymaras y atacameños, por ejemplo, la privatización de los recursos hídricos y el fomento de la industria minera había ya significado un efecto negativo en su cultura, en su economía y su subsistencia. Además, había surgido una serie de problemas vinculados a la falta de titulación de la tenencia de la tierra.

Para los mapuche, afectados por el proceso de división de sus tierras conforme al Decreto Ley 2.568, resultaba vital revertir los efectos de la aniquilación de la comunidad en términos territoriales, así como los provocados por la “contrarreforma agraria”, en virtud de la cual perdieron las tierras entregadas por el Estado durante fines de los '60 y hasta el golpe militar de 1973.

El “Acuerdo de Nueva Imperial” se tradujo más tarde en la creación de la CEPI y el envío de una propuesta de ley al Congreso, que recogía algunas de las demandas de los indígenas para la redacción de una ley indígena. La CEPI realizó una serie de reuniones que culminaron en un Congreso Nacional de Pueblos Indígenas en 1991, con el objeto de determinar sus principales aspiraciones, de modo que la nueva ley las pudiera recoger. Ellas se referían a la protección, ampliación y titulación de sus tierras y a la participación “orgánica” en el Estado, es decir, al derecho a estar representados de manera singular en el Parlamento y en los organismos estatales responsables de dirimir las políticas públicas.

Este proceso se inscribe en el contexto del preámbulo de la conmemoración de los 500 años de la llegada de Colón a América, la que se transformará en un factor significativo, así como del surgimiento de un movimiento indígena internacional, de la preocupación progresiva de los órganos internacionales por los derechos de los Pueblos Indígenas y de transformaciones constitucionales sobre reconocimiento de la multiétnicidad, que se masifican en la

década de los noventa en América Latina. En 1992 se realiza una serie de movilizaciones masivas en distintos lugares del país, lo que originó el rechazo del gobierno y la persecución judicial de los indígenas que se manifestaban en contra de las celebraciones oficiales del 12 de Octubre y también por sus derechos. En este escenario comienza a tomar relevancia un nuevo discurso del movimiento indígena, que se mostrará insatisfecho con la propuesta legal del gobierno.

La ley aprobada por el Congreso reconoce la existencia de diversas etnias en Chile y el deber del Estado y la sociedad de brindarles protección. Crea también un órgano público descentralizado, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), encargado de “promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, e impulsar su participación en la vida nacional”¹⁴. La ley, además, establece los criterios para determinar la identidad indígena, una protección de sus tierras basada en la inalienabilidad (o mercado paralelo de tierras indígenas), un Fondo de Tierras y un Fondo de Desarrollo.

Durante el primer gobierno de la Concertación, sumado a la aprobación de la mencionada Ley, se desarrollaron una serie de programas como el de becas indígenas que favoreció a casi 10.000 jóvenes indígenas en el '92 y '93; proyectos de desarrollo indígena; un programa especial de viviendas y un servicio de atención jurídica gratuita otorgado por abogados de la misma Corporación. Además, durante este período se adquiere, a través del Fondo de Tierras, un predio para comunidades mapuche-pewenches de Quinquén, en la comuna de Lonquimay, Novena Región.

Ya en el segundo gobierno de la transición, particularmente a partir del año 1996, la relación entre gobierno y movimiento indígena se resiente fuertemente, en especial por la insuficiencia de las políticas y recursos públicos para satisfacer una demanda demasiado postergada, los conflictos provocados por la expansión de proyectos de inversión en espacios tradicionalmente habitados por indígenas¹⁵, la tensión al interior del gobierno entre el propósito de aplicar políticas indígenas de participación y desarrollo y la política económica en curso, y, por último, una evolución de la demanda indígena en Chile, influida por el movimiento indígena

¹⁴ Su sede principal se encuentra en la ciudad de Temuco, y cuenta con dos subdirecciones (Norte, en Iquique, y Sur, en Temuco), además de oficinas en Arica, Isla de Pascua, Santiago, Cañete, Osorno y Punta Arenas.

¹⁵ En 1996 se realizan diversas manifestaciones en contra de la construcción de la Central Ralco y se inician algunas demandas judiciales, producto de la concesión provisional de la obra.

latinoamericano, y vinculada a los principios del derecho internacional de los derechos humanos.

3. MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS

Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no se refirió expresamente a ellos, puede afirmarse que la evolución de los derechos de los indígenas, en tanto minoría (vinculadas con los procesos de colonización), se desarrolla a partir de ese momento, toda vez que uno de los principios fundamentales de la Declaración lo constituye el de igualdad y no discriminación.

En 1947 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU estableció una Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las minorías, que comienza a preocuparse por este tema y desemboca en primera instancia en la incorporación del artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, el que consagra el derecho de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, para desarrollar su cultura, ejercer su religión o utilizar sus idiomas.

El mismo PIDCP establece en su artículo 1º el derecho a la libre determinación de los pueblos. Aunque los indígenas han señalado que este sería el más fundamental de sus derechos conculcados (ya que permite ejercer el resto de los derechos), no existe consenso en cuanto a si ellos son titulares de la autodeterminación, ya que no hay acuerdo sobre la definición de pueblo. En todo caso, Naciones Unidas se ha inclinado en el sentido de que se trata de “un conjunto de pobladores de un territorio o de un Estado, independientemente de sus elementos políticos o culturales”¹⁶. Solo se ha aceptado una interpretación diferente para el caso de los pueblos coloniales dominados por una potencia extranjera, en cuyo caso la libre determinación se ejerce por una vez para acceder a la independencia política. Los indígenas han reclamado que corresponde únicamente a ellos el definirse como pueblos, cuando comparten ciertas características étnicas y culturales.

Por su parte, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) había aprobado en 1957 el Convenio 107, que representó el primer instrumento internacional que consagró de manera sistemática los derechos de los indígenas. El interés de la OIT por los derechos de los indígenas surgió en el contexto de los procesos de descoloniza-

¹⁶ Stavenhagen, Rodolfo. “El marco internacional del derecho indígena”, en Gómez, Magdalena (coordinadora), *Derecho Indígena*; Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, México, 1997, p. 57.

ción, y su principal preocupación al respecto era la situación de los indígenas sometidos a esclavitud o a tratamientos inhumanos de trabajo en países colonizados.

En 1985 la OIT comienza un proceso para actualizar el tratamiento jurídico internacional de los indígenas, y así, en 1989, se aprueba su Convenio 169, referido a Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que entró en vigencia en 1991. La discusión sobre el nuevo Convenio se centró precisamente en la demanda de los movimientos indígenas para que se estableciera que los titulares de los derechos allí consagrados serían los Pueblos Indígenas. El temor de los Estados era que el reconocimiento de que las culturas indígenas formaban pueblos al interior de los Estados nacionales pudiera implicar la reclamación del derecho a libre determinación y, con ello, la posterior *balcanización* o desintegración de los Estados en torno a luchas nacionalistas. En definitiva, si bien el Convenio 169 incorpora como sujetos de derechos colectivos a los Pueblos Indígenas y Tribales, el mismo aclara que este concepto no debe entenderse en el sentido que se utiliza en otros instrumentos internacionales, en clara alusión al derecho a la libre determinación. No obstante, el Convenio ha sido interpretado en el sentido de que da pie para una autodeterminación interna (en el Estado) o autonomía y a sistemas de administración territorial compartida.

El Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la ONU, por su parte, comenzó a funcionar en 1982, con el objeto de elaborar una Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas. En 1994 se inicia la década de los Pueblos Indígenas, al final de la cual se espera contar con un proyecto aprobado.

Paralelamente, en la Organización de Estados Americanos (OEA) se discute sobre un Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante el Proyecto), que elaboró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Este Proyecto recoge la misma restricción respecto de los Pueblos que se establece en el Convenio de la OIT, aunque es más explícito que este último al disponer que “los Pueblos Indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a...” (art. XV. 1). En el contexto de la discusión de la OEA algunos Estados han aceptado el derecho a libre determinación interna de los Pueblos Indígenas. Como contrapartida, la misma expresión “pueblos” ha sido puesta en tela de juicio por algunos Estados, que prefieren la de “poblaciones.”

El Convenio 169 consagra como derechos políticos o de participación de los Pueblos Indígenas, el derecho a ser consultados por el Estado, el de establecer sus propias prioridades de desarrollo y el de participar en colaboración con el Estado en la protección del medio ambiente, dando lugar a sistemas de cogestión y de autonomía.

El proyecto de la CIDH refuerza este derecho de participación, disponiendo que los Pueblos participarán sin discriminación en todos los niveles, “directamente o de acuerdo a sus propios procedimientos” (art. XV.2).

Los derechos sobre la tierra son esenciales en el programa del movimiento indígena, por ser parte fundamental de su existencia y cultura, y en las nuevas normativas se distinguen dos ideas distintas y complementarias: la tierra y el territorio. La primera de estas nociones se refiere a la idea clásica de tenencia de la tierra y la garantía sobre su propiedad. En cambio, el territorio tiene varias acepciones, que incluyen los espacios a que los Pueblos Indígenas tradicionalmente accedían, pese a que no tienen derechos exclusivos sobre ellos (art. 14.1 del Convenio 169 y art. XVIII. 2 del Proyecto), así como el derecho sobre los recursos naturales y como espacio de jurisdicción de los indígenas.

En un sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, a propósito de una denuncia interpuesta por la comunidad indígena de Awas Tingni contra Nicaragua, “que el artículo 21 de la Convención [Americana] protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de la comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal” y que “para las comunidades indígenas la relación material con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁷. Finalmente la Corte consideró que “la propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica”¹⁸.

Tanto el Convenio como el Proyecto de la CIDH contemplan derechos colectivos sobre la tierra y el territorio, tal como se resume en el siguiente cuadro:

¹⁷ Caso de la Comunidad mayagna (sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2001, p. 78.

¹⁸ Id.

CUADRO N° 1

DERECHOS TERRITORIALES EN EL CONVENIO 169
Y PROYECTO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
DE LA CIDH

Derecho	Obligación del Estado	Convenio 169	Proyecto de la CIDH
A la propiedad y posesión sobre las tierras que tradicional o históricamente ocupan.	<ul style="list-style-type: none"> - a proteger su posesión y dominio. - a determinar cuáles son estas tierras. 	Art. 14.1, art. 14.2, art. 14.3.	XVIII. 2, XVIII. 4, XVIII. 8.
A utilizar las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos	<ul style="list-style-type: none"> - a determinar cuáles son (demarcación). - a salvaguardar su utilización. - a establecer mecanismos de resolución de reivindicaciones de tierras 	Art. 14.1.	XVIII. 2, XVIII. 3, XVIII. 8.
Sobre los recursos naturales: dominio, administración, utilización, beneficio, conservación, ser indemnizados ¹⁹ .	<ul style="list-style-type: none"> - establecer mecanismos de conservación. - consultar a los PIT²⁰. 	Art. 15	XVIII. 2, XVIII. 4, XVIII. 5.
<ul style="list-style-type: none"> - A no ser trasladados de sus tierras - A regresar a sus tierras 	<ul style="list-style-type: none"> - establecer procedimientos de consulta - indemnizar los PIT. 	Art. 16	XVIII. 6, XVIII. 7.
Al uso de sus formas tradicionales y propias para usar, distribuir y transmitir las tierras.	<ul style="list-style-type: none"> - marco de protección legal. - consultar para modificar las formas tradicionales. - impedir que terceros abusen de estas normas. 	Art. 17.	XVIII. 1, XVIII. 3 iii), XVIII. 4, XVIII. 8.

¹⁹ Esto último, cuando los recursos naturales pertenezcan al Estado.

²⁰ Idem.

Los artículos 8 y 9 del Convenio 169 consagran la obligación de los Estados de considerar debidamente las costumbres y el derecho consuetudinario de los Pueblos Indígenas al aplicar su legislación, siempre que ellas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con el derecho internacional de los derechos humanos. Bajo la misma condición anterior (sujeción a los derechos humanos), se reconoce el derecho a que se respeten los métodos a los que dichos pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

En otro sentido, el artículo 10 establece el derecho a que al aplicarse sanciones penales a miembros de estos pueblos, se consideren las características económicas, sociales y culturales.

4. DERECHOS POLÍTICOS Y DE PARTICIPACIÓN

En los últimos años, y desde el proceso de elaboración de la ley indígena (entre 1990 y 1993), se puede afirmar que los indígenas no han tenido una participación sustancial en las decisiones gubernamentales ni han tenido la posibilidad de decidir sobre los asuntos propios.

Los derechos políticos y de participación de los pueblos indígenas tienen que ver básicamente con dos aspectos. En primer lugar, la participación de los indígenas se relaciona con el grado de control que ellos pueden ejercer sobre sus propios asuntos, cuya máxima expresión, aunque no la única, está asociada a la posibilidad de que los Pueblos Indígenas ejerzan el derecho a la libre determinación según la define el PIDCP, y que se asocia (en el caso de los pueblos indígenas) con la autonomía. En segundo término, se refiere a la posibilidad de tener influencia en las políticas indígenas del Estado, respecto a lo cual existen distintas experiencias en el derecho internacional y comparado, como el mecanismo de consulta que establece el Convenio 169, la participación en los órganos del Estado (incluso aplicando mecanismos de discriminación positiva)²¹, siendo la más completa la cogestión, que implica el manejo de espacios territoriales estatales mediante órganos conformados igualmente por indígenas y funcionarios públicos²².

Sobre la primera dimensión de la participación, es decir, el derecho a decidir sobre los propios asuntos, la discusión a nivel nacional ha estado fundada en una consideración respecto de los indígenas

²¹ Se podría incluir aquí los procesos de municipalización en Bolivia y en el Estado Oaxaca, en México.

²² Tanto en Bolivia como en Colombia existen algunas experiencias en este sentido.

como sujetos “objeto” de políticas sociales más que como titulares de derechos. La legislación sobre indígenas aprobada en 1993, utiliza el término *etnia* para referirse a los indígenas, lo que además de ser equívoco²³, no establece una categoría jurídica²⁴. No se han dado en Chile los reconocimientos de los derechos indígenas que han proliferado en el derecho comparado latinoamericano²⁵, en una tendencia que se ha tendido a denominar como pluralismo jurídico. En esos países a estas alturas la discusión ya no se refiere a la titularidad de derechos específicos (colectivos e individuales) por parte de los indígenas, sino, más bien, a cuáles derechos les corresponde y a la forma en que ellos se hacen efectivos.

La demanda del movimiento indígena a partir de los '90 ha incorporado el reconocimiento de los indígenas en tanto Pueblos. El Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen presenta la primera propuesta de Autonomía territorial Mapuche, en 1990. Esta propuesta planteaba un reconocimiento constitucional de transformación política del Estado, consistente en un Estatuto de Autonomía Regional para un espacio equivalente a la Novena Región y otras zonas adyacentes, con carácter pluriétnico, ya que no estaba dirigido “contra la población chilena”²⁶. Más genéricamente, el Consejo de Todas las Tierras propone la “conformación de una nueva institucionalidad desde el Bío-Bío al sur, sobre la base de la participación y la autonomía. Esa institucionalidad debe garantizar la coexistencia cultural respaldando y fortaleciendo ambas culturas y la relación armónica entre ellas. La nueva institucionalidad debe expresarse mediante una instancia jurídica, política y administrativa con capacidad de decisión y donde la Nación Mapuche tenga plena participación”²⁷. También se encuentra conteni-

²³ El término *etnia* no aporta ningún rasgo característico, pues todos pertenecemos, alguna *etnia*.

²⁴ En el derecho internacional se ha utilizado en el pasado el término *poblaciones, o minorías*, como en el PIDCP, y actualmente se ha generalizado la de *Pueblos*.

²⁵ Salvo el caso de Panamá, que ya había incluido normas al respecto a nivel constitucional en los '70 y dispone de un sistema de autonomía de “Comarcas indígenas” que data casi desde principios de siglo, y Nicaragua que estableció en la Constitución en 1986 la autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica, delegando a la ley la regulación de esta, la mayoría de los países han reformado sus constituciones durante los '90 (incluso México en dos oportunidades: en 1994 y 2001); solo Uruguay y Chile se cuentan entre los países latinoamericanos que no contemplan ningún tipo de reconocimiento a nivel constitucional o de reconocimiento del Convenio 169 de la OIT.

²⁶ Marimán, José y CEDM LIWEN. 1990. “Pueblo Mapuche. Estado y Autonomía Regional”. Centro Estudios y Documentación Mapuche Liwen y Fundación para el progreso humano. Santiago, nov. 1990 (p. 31), p. 29.

²⁷ Consejo de Todas las Tierras. “El Pueblo Mapuche, su territorio y sus derechos”. Consejo de Todas las Tierras, Temuco, 1997 (p. 112), p. 15.

da esta demanda en la propuesta “De la deuda histórica nacional al reconocimiento de nuestros Derechos Territoriales”, de la Identidad Territorial Lafkenche de la provincia de Arauco, Octava Región. Allí, apelando a instrumentos de derecho internacional, y a la deuda histórica que el Estado chileno mantiene con los mapuche, se reclama el reconocimiento constitucional de la pluriculturalidad del Estado chileno, y del carácter de Pueblo de los mapuche, además de su organización propia, que distingue entre diferentes identidades territoriales. Proponen el establecimiento de una nueva distribución administrativa territorial que reconozca la existencia de un territorio lafkenche (Espacio Territorial de Patrimonio Lafkenche), conformado por el espacio de comunidades indígenas ubicadas en las comunas de Cañete, Contulmo y Tirúa, bajo la administración de un Consejo Territorial.

Pese a que existen estas propuestas, desde hace una década, la demanda por autonomía política es una demanda incipiente y difusa del movimiento indígena en Chile, en relación con las propuestas y logros de otros pueblos indígenas en América y el resto del mundo²⁸.

El reconocimiento de los “Pueblos Indígenas” fue uno de los aspectos discutidos además en el Congreso Nacional Indígena del año 1997, en el documento “demandas prioritarias del pueblo Atacameño”, del Consejo de Pueblos Atacameños de 2000, así como en el Congreso Nacional Aymara del año 1997 en que se previó como una de sus prioridades comprometer al gobierno en la ratificación del Convenio 169, el que correspondía, además, a uno de los compromisos de Nueva Imperial de 1989.

El gobierno presentó una propuesta de reforma constitucional al Congreso en 1991, que fue rechazada en octubre de 2000. La iniciativa agregaba un inciso al artículo 1º de la Constitución: “El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena”. En junio de 1999 el diputado Francisco Huenchumilla presentó otra reforma que incluía el reconocimiento de Pueblos y establecía una participación fundada en el principio de discriminación positiva. Actualmente se tramita en el Congreso una reforma constitucional sobre distintos aspectos. La Comisión de Legislación, Constitución y Jus-

²⁸ En América Latina baste señalar los casos de la Costa Atlántica de Nicaragua, las Comarcas de Panamá, las Entidades Territoriales Indígenas en Colombia, los municipios en Oaxaca, México. En Europa el caso de los sami, en Noruega, Suecia y Finlandia y la autonomía de Groenlandia, respecto de Dinamarca. En Norteamérica, aunque la experiencia de los indígenas en Canadá y EEUU es muy diversa, en ambos casos existen grados de ejercicio de autodeterminación. En todos ellos, el papel de las organizaciones indígenas ha sido fundamental no solo en la decisión y movilización, sino también en el diseño de los modelos, que tienen todos, particularidades que los diferencian.

ticia aprobó, en sesión celebrada el día 3 de julio de 2002, su informe sobre reformas constitucionales, las que deben pasar ahora a la sala para su discusión. La Comisión aprobó la siguiente propuesta: “La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad”. La norma aprobada no recoge la propuesta de los indígenas y niega su consideración como sujetos jurídicos colectivos, utilizando un término (poblaciones) de carácter demográfico, que era utilizado por la OIT antes del proceso de descolonización para referirse a los indígenas en países colonizados. La propuesta trivializa la diversidad, al no considerar la aceptación igual de otra etnia con consecuencias relevantes (como el derecho al territorio), manteniéndose una situación de discriminación, al margen de la evolución internacional y comparada en la materia.

Por otra parte, la iniciativa para ratificar el Convenio 169 solo ha logrado obtener aprobación en la Cámara de Diputados y debió sortear un requerimiento por inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios de Renovación Nacional y la Unión Demócrata Independiente al Tribunal Constitucional. Los parlamentarios habían solicitado la declaración de inconstitucionalidad total del Convenio, porque atendida la naturaleza de sus normas, argumentaban, debía aprobarse como una Ley Orgánica Constitucional, lo que implica un quórum especial. Además, solicitaban la declaración de inconstitucionalidad del Convenio, por el reconocimiento que este Tratado hace de los Pueblos Indígenas como sujetos de derecho público, que supuestamente afectaría la soberanía nacional; el reconocimiento de las costumbres por afectar el principio de igualdad; y los derechos territoriales, que se opondrían al derecho de propiedad.

Los argumentos utilizados en la discusión nacional por quienes se oponen a las reformas legales que incorporen los derechos de los indígenas, son similares a las que se habían presentado durante los '80 en el ámbito internacional. Es decir, que estos derechos afectarían el sentido unitario de la nación, la igualdad jurídica de las personas, y la integridad territorial del Estado.

De esta forma, y por una interpretación extensiva de la supremacía constitucional y restrictiva de los derechos, se ha planteado que “el contenido preceptivo del Convenio concuerda adecuadamente con la calificación de los pueblos indígenas como ‘grupos intermedios’”²⁹. La misma intención de pretender reducir el alcan-

²⁹ Silva, Antonio. 1991. “El Convenio 169 sobre pueblos indígenas”. Informe en derecho, inédito, p. 10.

ce de los términos de este reconocimiento se observa por parte del Tribunal Constitucional chileno, que si bien rechazó en definitiva el requerimiento por inconstitucionalidad de la propuesta de ratificación del Convenio 169, señaló que el Convenio no crea ningún sujeto de derecho público que pueda reclamar derechos colectivos, y que sus normas no pueden ser interpretadas de tal manera que afecten los preceptos constitucionales (especialmente sobre el derecho de propiedad). Otra interpretación daría pie –supuestamente– a una contradicción inaceptable en nuestro sistema jurídico, ya que “el Convenio interpone entre el Estado y los chilenos de origen indígena a los ‘pueblos indígenas’, a quienes le transfieren atribuciones que implican un claro ejercicio de soberanía, limitando las competencias de los órganos públicos y los derechos de los nacionales de origen indígena”³⁰. El gobierno ha anunciado algunas reservas que aplicará al Convenio en un sentido similar, entendiendo que el reconocimiento incluye a grupos que forman parte del Estado, demostrando escasa convicción en la incorporación de nuevos derechos para los indígenas en el ordenamiento interno que tengan que ver con la participación.

También se ha señalado que estos conceptos (pueblo indígena, territorio indígena, cultura indígena) pueden “iniciar la división interna que concluya en la creación de un Estado indígena instalado en nuestro territorio”, y que en general, “las reformas constitucionales [que] dan reconocimiento de *pueblo* a las diversas razas indígenas que habitan el país y otorgan a estos un status especial.... resulta[n] contrario[as] a la estructura de nuestra Carta Fundamental, a la esencia de sus definiciones de Chile como Estado Unitario y República Democrática”³¹.

Esta discusión acerca de la naturaleza de los derechos de los indígenas ya había tenido lugar durante la discusión de la Ley indígena, cuando el Congreso excluyó el término Pueblo, recogiendo la propuesta del Senador Sinclair, que “manifestó su discrepancia al uso de estos términos en el proyecto, toda vez que la totalidad de los habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, que es uno y único, siendo absolutamente inadecuado, desde un punto de vista geopolítico, la aceptación tácita, de la existencia de pueblos aborígenes o indígenas al interior del territorio”³². Acogiendo tal

³⁰ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 4 de agosto de 2000, fojas 250 vuelta, en causa sobre requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169, Rol N° 309.

³¹ Intervención de la Sociedad Nacional de Agricultura en relación al Convenio 169, en el marco del Grupo de Trabajo para Pueblos Indígenas convocado por el Presidente de la República, en “Informe Final”, Ministerio de Planificación, mayo de 2000.

³² Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, pág. 1317.

observación, la comisión acordó en forma unánime, acoger los planteamientos del parlamentario, reemplazando la utilización de la expresión “pueblos indígenas” por la expresión “etnias indígenas”³³. Otro de los argumentos que se han utilizado para rechazar estas reformas es el principio de igualdad, entendido en un sentido formal, afirmándose que este reconocimiento implicaría un tratamiento privilegiado para un grupo de la población. En otras oportunidades se ha señalado que los indígenas en Chile solo constituirían un remanente de un proceso de mestizaje que aún no alcanza a su término.

Chile se encuentra por debajo de los estándares internacionales en materia de derechos de los indígenas, especialmente en el ámbito de su reconocimiento como sujeto colectivo y su derecho a decidir sobre sus asuntos. Si bien este no es un tema cuyos alcances se encuentren completamente resueltos en el ámbito internacional y comparado, existen aspectos que sí lo han sido y que determinan las políticas públicas de los países. Entre ellos, destaca el considerar a los indígenas como capaces para decidir en torno a su propio desarrollo y a resolver sus asuntos, y a considerar a las sociedades indígenas como sociedades en permanente evolución y que no están destinadas a desaparecer o integrarse a la nación dominante.

La utilidad de estos reconocimientos no es puramente semántica, como sería el argumento que reclama la mención de los indígenas en la Constitución como una forma de –al menos– no anular a los indígenas como actores sociales y políticos, sino que también posee una importancia práctica, que se ha manifestado en los conflictos de mayor connotación pública del último tiempo entre organizaciones indígenas y el Estado, por el uso y disposición de la tierra y los recursos naturales en espacios de influencia indígena, y en que los agentes de la administración han reiterado el argumento³⁴ de que las leyes de concesiones (minera, hidroeléctrica, forestal, Código de Aguas, etc.) tienen un sustento constitucional (el concepto de función social de la propiedad recogido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución) que la ley indígena no tiene, de lo que se deriva que en caso de un conflicto de normas, priman aquellas por sobre esta. No obstante, el problema fundamental radica en que ni siquiera ha existido una discusión seria sobre este asunto y

³³ Idem.

³⁴ Por ejemplo, en la defensa ante la Cámara de Diputados del entonces Ministro de Obras Públicas y actual Presidente de la República, Ricardo Lagos, por acusación constitucional planteada por el diputado Díaz debido a la construcción de un obra de regadío en la Novena Región; en la defensa judicial del Decreto de Concesión definitiva para la construcción de la represa Ralco; en el EIA elaborado a propósito de la construcción del *bypass* de la ruta 5 sur en Temuco, y durante la negociación con los afectados de la misma obra.

en que, en general, los actores políticos han tenido posiciones que niegan la posibilidad de discutir la conformación plurinacional o pluriétnica del Estado y sus eventuales consecuencias, como por ejemplo, el establecer un régimen especial de administración de territorios, o la protección de los recursos naturales (que parece ser el punto más conflictivo). Por otra parte, los indígenas no han diseñado una propuesta acabada de la forma que tendrían estos derechos, y aunque ha existido la preocupación de algunas organizaciones por plantear el tema públicamente, solo se ha hecho en términos muy generales. De esta manera, la discusión sobre los derechos humanos de los indígenas se vuelve a ojos de la opinión pública en un reclamo de un grupo aislado y “radicalizado”.

El segundo aspecto de los derechos políticos se refiere a la participación de los indígenas en las decisiones del gobierno que les afectan. Al respecto, pese a que este derecho formaba parte de los Acuerdos de Nueva Imperial y a que ha sido señalado como uno de los objetivos del gobierno en las políticas indígenas, han existido varios contrastes.

Los instrumentos que se podrían utilizar bajo el actual régimen legal para recoger la opinión de los indígenas son las organizaciones indígenas, la conformación interétnica del órgano central de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), la co-gestión en las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) y el deber de los órganos del Estado de oír a las comunidades (artículo 34 de la Ley indígena). Además, en los últimos años el Ejecutivo ha generado instancias políticas de diálogo con diversos sectores del mundo indígena.

a) *En cuanto a las organizaciones indígenas*, la Ley Indígena reconoce solo dos formas: i) la comunidad indígena y ii) la asociación indígena. La comunidad indígena es una agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena que provienen de un mismo tronco familiar, reconocen una jefatura tradicional, posean o hayan poseído tierras indígenas en común, y/o provengan de un mismo poblado antiguo³⁵. Los derechos que la ley establece para las comunidades consisten en poder postular a la compra de tierras mediante el subsidio o el Fondo de Tierras en conflicto, y solicitar la transferencia gratuita de los sitios sagrados o ceremoniales que se ubiquen en terrenos fiscales. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena ha promovido su constitución, y a través principalmente de los Programas de Desarrollo Rural se han constituido más de 1.400 comunidades.

³⁵ La ley también establece que basta que concurra 1/3 de los que tienen derecho a hacerlo, siempre que al menos sean 10 personas.

El problema que presenta esta tipología legal de organización es que ignora la estructura política y social tradicional de los indígenas³⁶. Si bien esta última se ha ido transformando (o derechamente perdiendo en algunos casos) en el tiempo³⁷, es una realidad local que se superpone con la legal. Ella genera una forma dinámica de liderazgo indígena, que la “comunidad” no logra reflejar, al corresponder más bien a una artificialidad³⁸ con escaso poder de participación social y un carácter meramente funcional (sus objetivos se reducen a la postulación de subsidios estatales), originando una multiplicidad de autoridades locales que estimulan los conflictos internos y permiten la fragmentación del movimiento indígena.

Las Asociaciones Indígenas son agrupaciones voluntarias y funcionales de al menos 25 indígenas en torno a un objetivo común. Se asemejan a instancias gremiales para realizar actividades sin fines de lucro, y pueden postular al Fondo de Desarrollo que administra la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Estas organizaciones han sido muy útiles a los indígenas, en términos de que les ha permitido emprender actividades económicas, así como en la formación de recursos humanos. Sin embargo, los indígenas no constituyen un gremio, y este tipo de organización se explicaría por un resabio de las políticas campesinistas de los '60. Durante el año 2001 la CONADI invirtió un total de casi mil quinientos millones de pesos en tres áreas: estudios de preinversión (11%), fomento económico (54%) y gestión social (35%). Se han favorecido a más de 46 mil beneficiarios a través de 381 proyectos, referidos fundamentalmente a la capacitación, asistencia técnica y financiamiento de microempresas, producción silvoagropecuaria y turismo. Los principales fa-

³⁶ Solo para el caso de los mapuche williche la ley reconoce su organización tradicional, el Consejo de Caciques, pero no le reconoce facultades y derechos. En la práctica han coexistido estas instituciones con las funcionales que define la ley, generándose dinámicas políticas de coordinación, pero también de conflicto interno.

³⁷ En el caso de los mapuche, si bien el *lof* o comunidad ha sufrido cambios significativos en el tiempo, con la reducción, la migración a las ciudades, la división de tierras, etc., existe una vinculación y organización social en que se vincula lo urbano y lo rural, lo tradicional y lo contemporáneo, fundada en el parentesco y los aspectos económicos, entre otros factores, con distintas autoridades que se superponen con la tradicional: el *logko*, quien ha perdido gran parte de su autoridad junto con la pérdida de poder de administración de la tierra y la resolución de conflictos. Para el caso de los aymara es el *ayllu*, y, en el de los atacameños, la organización comunitaria, que tiene por objeto administrar el uso de las aguas colectivas, para lo que se elige democráticamente a una autoridad denominada *Jueces de aguas*, *Celadores* o *Jefes de Grupo*.

³⁸ La ley posibilita la formación de hasta tres comunidades donde antes había una familia radicada, incluso permite establecer comunidades sin un referente territorial.

vorecidos con proyectos del Fondo de Desarrollo son los mapuche (52,7% del monto total) y los aymaras (15,6%).

No obstante la fuerte inversión que ha realizado CONADI en los últimos años, esto no se ha expresado en un impacto significativo en términos de superación de la barrera de la pobreza, y muchos de los proyectos han fracasado luego del término del subsidio estatal.

b) *El órgano superior de la CONADI tiene una composición interétnica*, es decir, participan en él representantes del Ejecutivo e indígenas³⁹, lo que representaba una de las demandas más sentidas de los indígenas durante la discusión de la ley⁴⁰. Sin embargo, la influencia que pueden ejercer los indígenas es menor, toda vez que el Director Nacional de la CONADI sumado a los Consejeros no indígenas pueden constituir mayoría, y todos estos son de la confianza del Presidente de la República⁴¹.

Esta situación de falta de influencia política de los Consejeros indígenas se reflejó claramente en el proceso de otorgamiento de autorizaciones para la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco en Alto Bío-Bío. Según lo dispone la ley, para que la empresa pudiera disponer de las tierras que necesitaba inundar, debía realizar una permuta (la venta directa a un no indígena no es permitida), la que debía además ser aprobada por el Director de la CONADI, y según los reglamentos internos, cuando se trataba de permutas que podían afectar a toda la comunidad –como es el caso–, la autorización debía previamente ser autorizada por su Consejo Nacional. Ya en el año 1996, durante la tramitación de los permisos ambientales, la CONADI había emitido un informe negativo del Proyecto, donde incluso se lo calificaba de etnocida, y se había manifestado en diversas instancias su oposición a la Central, lo cual llevó en último término a que el Presidente de la República de la época pidiera la renuncia al Director Nacional, Mauricio Huenchulaf. En 1998 ocurriría otro tanto con Domingo Namuncura, a horas de realizarse el Consejo que dirimiría la suerte de las permutas, ante su opinión negativa respecto de ellas⁴². Aunque el Consejo pudo haber funcionado de todas formas con su Director Subrogante, el Ministerio de

³⁹ Este Consejo está integrado por cinco subsecretarios nombrados para este efecto por los respectivos ministerios (Secretaría General de Gob., Planificación, Agricultura, Educación y Bienes Nacionales), tres designados por el Presidente, ocho representantes indígenas y el Director Nacional, que lo preside.

⁴⁰ Participación “orgánica” en el Estado.

⁴¹ Ya sea directamente o por intermedio del ministro respectivo.

⁴² El ex director manifestó que la voluntad prestada por los pewenche en los contratos no resultaba seria e informada.

Planificación impidió que se utilizara el edificio de CONADI, para evitar que se realizara la reunión que tendría un resultado previsible. Esta reunión no se desarrolló sino hasta que se designó a otro Director, y se exigiera la renuncia a dos Consejeros de la confianza del Presidente, que tenían también una posición contraria a la ejecución del Proyecto⁴³. El resultado fue que el voto negativo de algunos de los indígenas, o su negativa a participar en la sesión, no incidió en el resultado final de aprobación.

Actualmente la participación de los Consejeros en las decisiones de la Corporación es más exigua y no tiene demasiada importancia en las políticas de la institución, sino solo a través del mecanismo de compra de tierras en conflicto, lo que ha generado cierto grado de clientelismo entre las organizaciones y líderes indígenas que participan en este órgano. También los consejeros participan, como se dirá, en la estructura organizativa del Proyecto Orígenes, con escasa influencia.

En otro sentido, se puede cuestionar la real representatividad de los Consejeros indígenas de CONADI, ya que estos no son elegidos directamente por sus propios Pueblos. Si bien existe un proceso eleccionario previo, se trata solo de una consulta no vinculante para el Presidente de la República, quien puede, como lo hizo el Presidente Frei Ruiz-Tagle en la primera elección de Consejo que le correspondió, nombrar a un candidato que no ha obtenido mayoría entre sus pares. Además, en dicha consulta se vota por representantes a nivel nacional y no por cada pueblo o etnia, no existen registros electorales y se carece de suficientes garantías para asegurar el secreto e información del voto, así como un escrutinio que no deje lugar a dudas.

c) *En términos de cogestión, la ley contempla solo un instrumento de coadministración* (ya vimos que dicha hipótesis no se da en el caso del Consejo de CONADI)⁴⁴, que es el caso del Área de Desarrollo Indígena (ADI) en Áreas Silvestres Protegidas (ASP). Las ADI son espacios territoriales caracterizados por la densidad de población indígena, que han ocupado u ocupan los indígenas, que posee ho-

⁴³ Se trata de Mylene Valenzuela y Cristián Vives.

⁴⁴ En el proyecto de ley elaborado por la CEPI se establecía la institución de los "Territorios de Desarrollo Indígena", que se definía en el proyecto como "*el espacio social, demográfico, ecológico, cultural fundamental para la existencia y desarrollo de los pueblos indígenas. El Territorio incluye el conjunto del sistema ecológico necesario para el desarrollo de estos pueblos, sin perjuicio de los derechos de propiedad constituidos en esos espacios*" (CEPI, s/f), y establecía el derecho de las comunidades a participar en la toma de decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo (estableciendo incluso la posibilidad de oponerse a ellos), así como el derecho a beneficiarse materialmente de las actividades desarrolladas en dicho espacio.

mogeneidad ecológica y que dependen de los recursos naturales para su equilibrio. Su designación se hace por Decreto y depende de MIDEPLAN. Su objetivo es que los órganos del Estado focalicen su acción en estos espacios. La ADI no contempla, en cambio, participación indígena alguna ni en su designación ni en la gestión, salvo que esta coincida con un Área Silvestre Protegida, en cuyo caso las comunidades tienen derecho a participar en la administración. Se puede decir que la presión que han ejercido algunas comunidades ha incidido en la decisión del gobierno de decretar un ADI, pero no en su definición espacial, lo que ha implicado que el criterio productivo, geográfico, administrativo prime sobre el sociopolítico.

Las ADI constituyen uno de los instrumentos principales de la política indígena del Estado, porque le permiten al Estado hacer una planificación territorial e incidir en espacios locales. No obstante, la dificultad de las ADI es que, hasta ahora, solo están definidas legalmente y en la práctica ninguna de ellas se ha logrado implementar a plenitud, sea por la ausencia de coordinación entre los servicios públicos que deben actuar en las ADI o por la falta de recursos, y los Decretos de designación no aportan elementos para resolver el problema.

Hasta ahora MIDEPLAN ha creado cinco ADI en el país: San Pedro de Atacama (Segunda Región), Alto Bío Bío (Octava Región) y Lago Budi (Novena Región), en el año 1997; Lago Lleu Lleu (Octava Región) y el Área Aymara en 1999.

Particularmente negativo es el caso del ADI de Alto Bío Bío, donde no existe ninguna acción especial que dé cuenta de esta designación. El conflicto por la ejecución del proyecto de construcción de seis centrales hidroeléctricas ha impedido avanzar en este aspecto.

En el caso de Área del Desarrollo del Lago Budi, en el último tiempo ha existido un interés del gobierno por incorporar organizaciones indígenas locales en la gestión, generándose una instancia representativa de las comunidades formada por varias organizaciones, "Pu werken lof budi", una Asociación Mapuche y la "Coordinadora de Defensa de los Derechos de los Lafkenche" (mapuche de la costa), que han logrado establecer alianzas con el Alcalde mapuche de la comuna. Las dificultades han emanado de que nada obliga al Estado a considerar la opinión de las organizaciones y el proceso se encuentra entabado en determinar cuál es la verdadera injerencia que pueden tener las comunidades, a través de sus representantes en la gestión del Área. No existe, por lo mismo, un avance considerable en la ejecución de proyectos de desarrollo. Hasta ahora se han desarrollado proyectos de las ONG vinculadas al fortalecimiento de la sociedad civil indígena y un

proyecto –en ejecución– de planificación territorial financiado por la agencia alemana GTZ, además del sondeo para designar esta zona como Área Ramsar, de protección de humedales y flora y fauna.

Un avance más notorio existe en el diseño de un proyecto gestionado de un ADI en el área “Atacama la Grande”. Como en este caso se trata de un ADI que se ubica en un Área Silvestre Protegida (ASP), se constituyó en 1998 un Comité Directivo, que es dirigido por el Intendente de la Segunda Región y está integrado por los once representantes de los “pueblos” o comunidades atacameñas, además de representantes de los servicios públicos. De esta coordinación surgió un estudio de línea de base o diagnóstico efectuado en 1999, que arrojó un instrumento útil para generar acciones destinadas al desarrollo de las 11 comunidades atacameñas constituidas en el Área, que representa una población indígena total de unos 2.500 indígenas, constituyendo el 95% de la población total del ADI. El estudio arrojó también unos focos estratégicos definidos por las propias comunidades (conformados sobre la base de localidades o ayllus), que se relacionan entre sí, cuyo objetivo es potenciar el valor simbólico de la tierra y el agua. Dicho objetivo se logra mediante el fortalecimiento de las organizaciones indígenas, la conservación y desarrollo del patrimonio cultural del Área, y la potenciación de ciertas áreas productivas como el turismo, la artesanía, la pequeña minería y la agricultura, con una perspectiva comunitaria e indígena⁴⁵.

Diferente ha sido la suerte de los mapuche-pewenche que habitan en ASP en la Octava y Novena regiones. Ya se ha señalado el caso del ADI de Alto Bío Bío, dentro del cual existe una Reserva Forestal y en la comuna Lonquimay y Volcán Villarrica, donde las comunidades han intentado acordar con el Ejecutivo el uso y administración de los recursos de la ASP. En el caso de los pewenche, estos utilizan el piñón, fruto de la araucaria, madera seca y pastoreo en las zonas altas (veranadas) durante el verano, lo que le ha sido impedido por funcionarios públicos o guardias de CONAF.

La falta de formas representativas adecuadas y de influencia de los indígenas en las decisiones del gobierno, se manifiestan también en la ejecución del “Proyecto Orígenes”, que ha marcado la agenda pública en relación con los indígenas en el último año, y en el cual las prioridades han sido decididas desde la administración del Proyecto. La inversión del mismo alcanza a los 133,4 millones de dólares, a realizarse en dos fases, y es financiado parcialmente (US\$ 80 millones) por el Banco Interamericano de Desarrollo

⁴⁵ Documento “Línea de Base Área de Desarrollo Atacama la Grande”, CONADI.

(BID). Su objetivo general es “mejorar las condiciones de vida y promover el desarrollo con identidad de los pueblos aymara, atacameño y mapuche en el área rural, en los ámbitos económico, social, cultural, ambiental y jurídico”⁴⁶. Las áreas de inversión ya se encuentran predefinidas, y corresponden a: i) fortalecimiento de las comunidades indígenas y de las instituciones públicas, ii) desarrollo productivo, iii) un componente de educación y cultura, y iv) salud intercultural. En la primera fase el proyecto pretende beneficiar a más de 600 comunidades (aproximadamente 12 mil familias), y se espera canalizar principalmente a través de las ADI.

La discusión por el tema de la participación ha estado presente durante la ejecución de este proyecto. La administración del Programa tiene tres niveles: nacional, a cargo del Comité de Coordinación (CC); zonal, a cargo de las Unidades Ejecutoras Zonales (UEZ); y comunitario. Si bien el CC y todos los niveles tienen conformación mixta (integración de indígenas), en general, los indígenas siempre son minorías o no tienen demasiada injerencia en las definiciones de ejecución del Programa ni en la orientación de la inversión⁴⁷. De acuerdo a la descripción del proyecto, los indígenas no tienen la posibilidad de influir en las decisiones relevantes del mismo, pues su participación está restringida a los órganos consultivos del proyecto. Tampoco pueden ejercer el derecho a escoger “sus propias prioridades de desarrollo”, sino que se encuentran constreñidos –en su escenario de pobreza– a aceptar los lineamientos prefijados.

La ejecución de este Proyecto ha generado conflictos en su fase de implementación, debido, entre otros aspectos, a la creación de falsas expectativas en los indígenas acerca del aporte económico efectivo que el mismo significará para cada comunidad, así como a la escasa amplitud de la oferta de líneas de inversión que tienen las comunidades para escoger.

Durante el año 2000 se generó una propuesta conjunta con la Embajada de Canadá para implementar el proyecto “Bosque Mo-

⁴⁶ “Programa de Desarrollo Integral de Comunidades Indígenas”, I Fase, Reglamento Operativo, p. 1.

⁴⁷ El CC está integrado, por ejemplo, por los consejeros de CONADI mapuche, atacameño y aymara, pero la administración y coordinación del Programa está a cargo de un Secretario Ejecutivo (SE) designado por el Ministro/a del MIDEPLAN, y el CC (que preside el Ministro) no tiene más que funciones de recomendación y observación de la labor del SE. La UEZ está conformada por un Coordinador, un equipo técnico y promotores. Además, en cada zona, existirá también un Comité Zonal (COZ), que coordina y aprueba las propuestas del Coordinador de la UEZ. En los COZ, los representantes indígenas son minoría, ya que además se incluyen aquí el Coordinador, y representantes de los diversos servicios públicos (SERPLAC, CONADI, INDAP, MINSAL, MINEDUC, SERNAM, Director/a del COREMA, Gobernadores).

delo” en espacio mapuche-pewenche, comuna de Lonquimay, y mapuche-williche, en Chiloé. El proyecto tiene por objeto generar un proceso de comanejo de los bosques en zonas indígenas a través de instancias mixtas de administración. Hasta ahora no existen resultados de este proyecto, pues se ha dificultado la generación de los entes administrativos o consejos.

d) *La ley dispone que las organizaciones indígenas deben ser oídas y considerada su opinión por los servicios de la administración del Estado, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas (art. 34), mecanismo que es similar a la consulta considerada por el Convenio 169.*

En la práctica, por regla general, las opiniones de los indígenas no han sido consideradas por la autoridad al momento de tomar sus decisiones. El desconocimiento de las autoridades y funcionarios de esta normativa y la falta de una reglamentación en cuanto al procedimiento para escuchar las opiniones, han obstaculizado la efectividad de esta norma. Esto se ha hecho patente en el caso de los conflictos que se han generado por la ejecución de grandes proyectos de inversión, apoyados o realizados por el Estado. En el caso de Ralco, por ejemplo, las comunidades afectadas por la inundación (Quepuca Ralco y Ralco Lepoy) en el año 1996, le dirigen una carta a la entonces directora de la Corporación Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), manifestando su disconformidad con la construcción de una segunda central. La carta, que era suscrita por los logkos (jefes de comunidad) y unas cincuenta personas, no fue tenida en cuenta para seguir adelante con el proceso de certificación ambiental. Más tarde, los pewenche opondrán un recurso de protección en contra de la concesión provisoria de la obra, por no haberse dado cumplimiento a la obligación de escuchar a las comunidades. La Corte Suprema señaló que era suficiente comunicación para este efecto la publicación del decreto en el Diario Oficial y que el periodo que se otorga para oponerse era suficiente emplazamiento.

Lo mismo ha acontecido con la construcción del *bypass* de Temuco, tramo de la ruta 5 sur, donde ya desde 1996 las comunidades organizadas en torno al “Comité de Defensa por la Construcción del *bypass*” habían manifestado su oposición al proyecto, o en el de la carretera de la costa, tanto en el tramo de la isla Huapi como en la cercanías de San Juan de la Costa. En todos estos casos, el Ministerio de Obras Públicas ha ignorado la opinión contraria a la obra de las organizaciones, aceptando una negociación solo en términos de indemnización o de medidas de mitigación, valiéndose de nuevos referentes en las comunidades con las actuales establecen una negociación en ese sentido y legitiman su accionar.

Otro caso es el de la instalación de vertederos en la Novena Región, donde algunas comunidades han suscrito incluso compromisos con la autoridad local, los que no han sido cumplidos.

Una experiencia sectorial en este sentido se ha producido en el año 2002 en la Novena Región, donde el Gobierno Regional ha generado una mesa de discusión y reflexión acerca del problema que tienen las comunidades indígenas especialmente del sector de Galvarino, Lumaco y Purén, producto del agotamiento de los cursos de aguas por presencia de plantaciones exóticas, inscripciones de derechos de agua, razones meteorológicas, etc. Se trata de una instancia bipartita, en que participan el gobierno regional, representado por los encargados o técnicos de los servicios involucrados, y las organizaciones territoriales, asesoradas por sus propios profesionales.

e) *Creación de instancias de diálogo a nivel global o nacional.*

En mayo de 1999 se creó la Comisión Asesora en Temas de Desarrollo Indígena que coordinó los “Diálogos Comunales Mapuche”, realizados en la Octava y Novena regiones y que culminaron con la simbólica firma de un “Pacto por el Respeto Ciudadano”. Por este proceso se cuantificó una serie de demandas locales como la reprogramación de deudas con el Estado, compra de predios, proyectos de riego, subsidio, vivienda, becas indígenas, construcción de caminos y postas. No obstante tratarse cuantitativamente de un esfuerzo relevante por el número de personas que participaron, no se realizó una consulta que diera cuenta de una demanda global de los mapuche, por cuanto se fragmentó la consulta en microorganizaciones; no se estableció un criterio adecuado de representatividad de los participantes; se careció de una metodología objetiva de consulta, al ser invitadas las personas con solo uno o días de anticipación, y no se trataron temas globales y temáticos, sino que solo locales y económicos.

En el 2000, el Gobierno del Presidente Lagos crea el Grupo de Trabajo para los Pueblos Indígenas, que debía generar un conjunto de recomendaciones para asegurar el desarrollo de los indígenas en Chile, sentando las bases para un nuevo trato entre pueblos indígenas y Estado. El Grupo de Trabajo estuvo conformado por representantes de diversos sectores sociales: indígenas, empresarios, iglesias católica y evangélica y servicios públicos. Al igual que en los Diálogos Comunales, el Informe del Grupo de Trabajo estuvo centrado en dar “soluciones específicas a las demandas”. En todo caso, al interior del grupo se planteó la necesidad de reformar el marco jurídico de la relación Estado-Pueblos Indígenas a través de una reforma constitucional que reconociera los derechos colectivos de los pue-

blos y de la ratificación del Convenio 169; estas propuesta fue apoyada por los indígenas y el gobierno, siendo rechazada por los representantes de la agrupación gremial de los empresarios.

Este nuevo ensayo de diálogo adoleció de similares errores que los anteriores, pues discutían en esta mesa una serie de actores sociales definiendo el futuro de los pueblos indígenas, en condiciones de desigualdad y sin garantía de que ello condujera a cambios concretos (y, efectivamente, en la práctica no los ha habido).

En el 2001, el gobierno intenta una nueva fórmula, la “Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato”, cuya presidencia se le encarga a Patricio Aylwin. La fórmula de esta nueva instancia se basa en la idea propuesta por la Identidad Territorial Lafkenche⁴⁸, en 1997, que propone una mesa entre indígenas y Estado para dar cuenta de la relación interétnica en Chile, así como de las violaciones a los derechos humanos a los mapuche durante la época de la ocupación de la Araucanía y su posterior radicación (1866-1930). Además, estaba la idea de incorporar una negociación para establecer una relación basada en el reconocimiento de la libre determinación del pueblo mapuche, bajo la forma de autonomía. Sin embargo, el gobierno transforma esa propuesta y diseña una nueva versión del “diálogo interétnico” que tendrá esta vez como actores a los indígenas, empresarios, políticos e intelectuales, y se forman a su vez subcomisiones específicas por pueblos indígenas y por temática (jurídica, económica y social, historia, etc.). Pese a que nuevamente se intenta hacer una mesa que logre provocar un consenso social en cuanto al tema, la discusión ahora se centra en otros aspectos: dar cuenta de la relación interétnica desde una perspectiva histórica, y generar una nueva relación, fundada en el diálogo igualitario. Para ello, en la carta de convocatoria que escribe Patricio Aylwin a los participantes, se señala expresamente que uno de los aspectos a discutir es el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Aunque actualmente esta comisión está integrada por líderes de todos los pueblos⁴⁹, no ha registrado avances demasiado relevantes, y las propuestas presentadas por las organizaciones son las mismas que ya han sido planteadas en todas las instancias de diálogo, así como en los servicios públicos respectivos. Por otra parte, nada indica que esas propuestas sean ratificadas por todas las partes de la Comisión, ni que (aun en ese caso) ellas sean acogidas por los todos órganos del Estado, especialmente para el caso de reformas legales y constitucionales.

⁴⁸ Organización mapuche que aglutina comunidades indígenas de las comunas de Cañete, Contulmo y Tirúa, en la Octava Región.

⁴⁹ Se han marginado organizaciones e instituciones mapuche como el Consejo de Todas las Tierras y la Identidad Territorial Lafkenche.

En términos generales, y pese a que la situación es sustancialmente diferente a la del período dictatorial, los indígenas no tienen influencia en el contexto de las políticas y acciones del Estado, lo que impide superar la situación de empobrecimiento y generar condiciones de igualdad. El Estado no ha respetado la instancias propias de representación, que además son difusas dentro de los distintos grupos (producto de la aculturación y el mestizaje cultural), y genera diálogos en el nivel local en términos desiguales y que no son consistentes al carecer de efectos en el nivel nacional y global. Los diálogos que se generan, aparecen más como intentos de legitimar políticas públicas de integración y protección que como formas de resolver conflictos interétnicos que permitan que los indígenas avancen en su propio desarrollo, definido por ellos mismos, produciéndose una situación de trato discriminatorio para los indígenas.

5. DERECHOS SOBRE LA TIERRA Y EL TERRITORIO

Como se ha explicado, la legislación internacional, a partir del Convenio 169, incorpora el concepto territorio, que se diferencia del de tierra porque abarca distintas formas de relaciones jurídicas y no solo la propiedad o posesión, ya que envuelve el tratamiento y utilización de los recursos naturales, implica jurisdicción e incluye el derecho a la propiedad de la tierra; a la utilización de aquellas que no ocupen exclusivamente; a la administración, uso, beneficio y conservación de los recursos naturales; a no ser trasladados de sus tierras; y al uso de sus formas tradicionales para distribuir sus tierras.

La ley chilena, si bien reconoce la importancia que la tierra representa para la existencia de los indígenas y su cultura, solo se refiere al derecho de propiedad de los indígenas sobre sus tierras, estableciendo el deber del Estado de dar protección a ellas y de velar por su adecuada explotación y equilibrio ecológico.

El cumplimiento del deber de protección de la tierra se expresa, en primer término, en el establecimiento de una protección legal. La legislación nacional se ha preocupado de las tierras indígenas desde el siglo XIX, aunque únicamente para el caso de los mapuche, y con el objeto de incorporarlas al mercado nacional de inmuebles⁵⁰. La ley actual establece, en cambio, un sistema de pro-

⁵⁰ Aylwin, José. 1989. "Tierra Mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena", en "Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina". 1990. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde compiladores. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, pp. 333 a 354.

tección que consiste en la prohibición de enajenar de tierras indígenas a quienes no pertenezcan a la misma etnia⁵¹; estableciendo además que no pueden ser objeto de embargo ni de gravamen ni arrendarse por más de cinco años. Ello da lugar a un vigoroso derecho de propiedad de los indígenas, fundado en la propuesta del movimiento como reacción a la pérdida territorial, ocurrida principalmente durante el siglo XX, como efecto de los engaños y de la violencia ejercida por latifundistas y colonos. Para el caso de los aymaras y atacameños se establece también una protección especial respecto de las aguas.

Este derecho de propiedad reforzado de los indígenas no ha impedido, sin embargo, que en la ejecución de algunos megaproyectos económicos, como la construcción de la Central Hidroeléctrica en Alto Bío Bío, los indígenas se hayan visto privados de sus tierras; ni tampoco que se sigan realizado contratos que, a la luz de la normativa vigente, resultan ilegales. Además, no se han podido satisfacer las demandas de recuperación de tierras.

Los megaproyectos han sido los que han dado mayor visibilidad al conflicto interétnico. Particularmente, el caso de la central hidroeléctrica Ralco ha resultado paradigmático para los mapuche. También se han producido conflictos a raíz de construcción de carreteras (como el *bypass* de Temuco y la carretera de la costa), así como de la implementación de proyectos mineros en el norte y forestales en la Octava, Novena y Décima regiones. En todos estos casos, la protección legal ha resultado ineficaz a la hora de salvaguardar las tierras indígenas.

En el caso de la construcción de la Central Ralco, Endesa ha podido adquirir la propiedad de parte de las tierras indígenas a inundar, a través de permutas⁵² de tierras con algunos mapuche-pewenche que han sido relocalizados. Existen otros casos, en cambio, en que no obstante no haber concurrido los indígenas con su voluntad, la empresa y el gobierno pretende obligarlos a soportar los efectos de la inundación debiendo trasladarse a otro lugar, aplicando para ello la ley de concesiones eléctricas de 1981, que le permitiría imponer servidumbres obligatorias a los indígenas, sin considerar la prohibición establecida en la Ley indígena, que es posterior.

Los opositores a la construcción de la Central Ralco han perdido varios recursos legales, entre ellos, un recurso de protección que se basaba en que la concesión eléctrica otorgada por el Ministerio de

⁵¹ Se entiende por tierras indígenas aquellas que poseen los indígenas, y que han adquirido por alguna de las formas que el Estado ha utilizado para conceder tierras a indígenas.

⁵² A través de la suscripción de contratos de permuta, que han sido visados por CONADI.

Economía afectaba gravemente el derecho de propiedad de quienes no habían enajenado sus tierras a Endesa. La Corte de Apelaciones, en fallo de 21 de noviembre de 2001, ratificado en enero de 2002 por la Corte Suprema, señaló que el solo decreto administrativo no implicaba una privación o perturbación de su derecho, sin perjuicio de reiterar la obligación de dar cumplimiento a la Ley indígena por el proyecto. Posteriormente, el argumento de la Corte se ha visto oscurecido en una sentencia de abril de 2002, que declara inadmisibles otro recurso de protección, interpuesto esta vez en contra del decreto que designaba la “Comisión de hombres buenos” que debe determinar la indemnización para compensar la inundación de los predios por aplicación de las servidumbres, en razón de su extemporaneidad, por cuanto el plazo legal para la interposición del recurso debía contarse desde que el proceso administrativo se había iniciado, esto es, desde la dictación del Decreto de Concesión Eléctrica en 2000. En este mismo caso, se encuentra pendiente la resolución de una demanda de nulidad ejercida contra la certificación ambiental del proyecto, emitida por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), el 6 de junio de 1997.

En el caso de la construcción del *bypass* de Temuco y de otras carreteras, el Ministerio de Obras Públicas (MOP) ha considerado que la prohibición de la Ley indígena no se aplica para el caso de expropiación, sino que exclusivamente para la hipótesis de contratos privados entre particulares. Actualmente el proyecto está en ejecución y las únicas protestas de los indígenas se refieren a la implementación de los proyectos que formaban parte de la compensación. No obstante, en aplicación del principio de discriminación positiva y del valor que tienen para su existencia y cultura, el MOP pagó a los indígenas indemnizaciones más altas que a los no indígenas.

Idéntico razonamiento se aplicaría en el caso de las empresas mineras del norte, donde el Código de Minería les otorga el derecho de imponer servidumbres de aguas, que les permite utilizar los recursos hídricos que los aymaras han utilizado tradicionalmente. No obstante, la aplicación de la Ley indígena, que reconoce a los aymaras y a los atacameños derechos de agua que se encuentren en terrenos de las comunidades y que han utilizado tradicionalmente, ha permitido regularizar más de 70 derechos de agua a nombre de 18 organizaciones indígenas, por un caudal total superior a 2.200 litros por segundo⁵³, así como el reconocimiento de la propiedad y uso colectivo sobre las aguas, según sus reglas consuetudinarias.

⁵³ Cuadra, Manuel. 2000. “El reconocimiento y la regularización de los derechos de agua de las comunidades atacameñas, en: Milka Castro (ed.). *Actas del XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio*”. Arica: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal, 2000.

En todos estos casos, las empresas y el gobierno han procurado centrar la discusión en una cuestión de jerarquía legal de la Ley indígena, eludiendo el debate entre el diseño y ejecución de las políticas económicas, fundadas en una concepción utilitarista del bien común^{54 55} y las demandas de los indígenas por influir en las actividades económicas que se realicen en los espacios que habitan, y en la administración de sus recursos naturales.

En otro ámbito, la protección legal de la tierra indígena no ha operado eficazmente al seguirse realizando contratos de venta de tierras indígenas, especialmente de aquellas que se encuentran rodeando ciudades cuyo radio urbano tiende a expandirse y a construirse poblaciones en ellas. La fiscalización de CONADI no ha sido suficiente para impedir estos negocios, y el consentimiento prestado por los indígenas ha tenido que ver con el alto monto en que son avaluadas dichas tierras.

Las comunidades también han visto vulnerado su derecho sobre la tierra producto del traslado de que han sido objeto. Ello ha ocurrido, por una parte, con el objeto de aprovechar económicamente los recursos allí existentes, como es el caso de la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco, por la cual más de 98 familias (aproximadamente 500 personas)⁵⁶ debieron trasladarse a lugares inadecuados para su desarrollo económico y cultural. Por otra parte, el mecanismo de la compra de tierras ha implicado también una relocalización, puesto que las comunidades favorecidas han debido adquirir predios en lugares distintos a los que habitaban.

En un tercer sentido, la protección de las tierras no ha sido efectiva al no satisfacerse las demandas de los distintos pueblos, que esperaban que la políticas gubernamentales a partir de 1994 les permitirían recuperar las tierras perdidas en distintos períodos históricos.

Las demandas que los indígenas han realizado en este sentido se refieren, en el caso de los aymaras a la falta de regularización de las tierras, lo que provoca serios conflictos sobre la tenencia y ocupación de ellas, generando el interés del Fisco y de particulares (indígenas y no indígenas), debido a la superposición producida con terrenos fiscales. Para los rapa nui la discusión fundamental dice relación con el traspaso de tierras que son consideradas fiscales.

⁵⁴ Se sostiene que si un proyecto beneficia económicamente a un número mayor de personas de las que se verán perjudicadas, en tal caso el proyecto sería legítimo.

⁵⁵ Los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia no han ocultado esta posición. Incluso, en 1998, el entonces Intendente de la Octava Región, Martín Zilic, lo explicó con una desafortunada expresión: "siete pehuenches no pueden detener la Central Ralco". Diario *El Sur de Concepción*, 7 de agosto de 1998.

⁵⁶ Aylwin, José; Paillán, Elías; Opasso, Cristián. 2002. "Las lecciones de las represadas del Bío Bío para el manejo alternativo de conflictos etnoambientales en Territorios Mapuche en Chile. Informe final." En www.derechosindigenas.cl

En el caso de los mapuche, existen diversos tipos de reclamos, que incluyen la demanda de la devolución de las tierras perdidas durante el siglo XX, es decir, la recuperación de los títulos de merced entregados por el Estado; la demanda por “tierras antiguas” (que en seguida se describe); y las demandas relacionadas con la explotación forestal.

A partir de la década del noventa la reclamación por las “tierras antiguas”, es decir, aquellas tierras perdidas antes y durante las concesiones de merced del siglo XX, ha adquirido más fuerza. Aunque esta demanda resulta aún demasiado imprecisa (“del Bío Bío al sur”), las organizaciones mapuche han intentado precisar, con distinto éxito, cuáles son las tierras reivindicadas. No obstante, la propuesta parece orientarse cada vez más hacia la recuperación de un territorio, existente en la memoria histórica, vinculado con la reconstrucción identitaria, reclamo que no se expresa necesariamente en la demanda por la propiedad de todas las tierras que se encuentran en estos espacios, sino en la influencia que los mapuche tengan en esos espacios en el ámbito político, económico, cultural, etc. Este es el discurso de las “Identidades Territoriales Mapuche”, que reivindican la organización mapuche de los siglos XVIII y XIX, la que según los historiadores (mapuche y no mapuche)⁵⁷ se basaba en agrupaciones que controlaban extensos territorios (abajinos o nagche, arribanos o wenteche, costinos o lafkenche, puelche, etc.). Los propios mapuche consideran a las identidades territoriales o butalmapus “como una forma desde donde se hace posible volver a controlar nuestros espacios, recuperar nuestros derechos y construir propuestas representativas de nuestra particularidad como pueblo y de las diversidades dentro de nuestra cultura”⁵⁸.

Otro aspecto de la reivindicación de tierras se refiere al conflicto con las empresas forestales, en especial en la Octava y Novena regiones. El crecimiento de la actividad forestal se remonta a la década del '80, ya que si bien desde los '60 el Estado fomentaba la plantación, en esa época ella todavía se realizaba a pequeña escala. Durante el gobierno militar se le dará un impulso fuerte a la actividad, bonificando las plantaciones, eximiendo a las empresas del pago de impuesto y utilizando las tierras que se adquirieron de los

⁵⁷ V. gr. Guevara, Tomás y Mankelef, Manuel (2002); Bengoa, José (1996), Mariman, Pablo (2001).

⁵⁸ “Nuestra visión del desarrollo territorial”. Declaración pública de Com. Felipe Punolef, Markan Kūra de Icalma, Identidad Territorial wenteche ayjarewe de Xuf Xuf, Asociación Makewe, Consejo Pu werken lof budi, Asoc. Newen pu lafkenche, Asoc. Poyenhue de Villarrica, Asoc. Ñankuchew de Lumako, Amuley Rañin Suam Lliuco, de junio de 2002.

mapuche en el proceso de contrarreforma agraria⁵⁹. Actualmente solo dos empresas, Mininco y Bosques Arauco S.A., poseen más de un millón de hectáreas.

Para la resolución de estas demandas, la ley creó un Fondo público para la adquisición de tierras por parte de indígenas, la que puede tener lugar ya sea a través de la compra de tierras en conflicto o mediante el mecanismo de subsidio, el que también se ha utilizado para la adquisición de derechos de agua. También se estableció el derecho de las comunidades indígenas para utilizar sitios sagrados que se encuentren en suelos fiscales y solicitar su transferencia gratuita. Entre las obligaciones de CONADI se incluye la de otorgar protección legal a las tierras indígenas, para lo que se ha establecido un Registro de Tierras Indígenas y se cuenta con abogados para realizar la defensa judicial. Ambos mecanismos constituyen una forma de resolver las reivindicaciones de tierras.

Mediante la utilización del mecanismo del Fondo de Tierras, que contempla un subsidio y fondo de compra de tierras en conflicto, más el traspaso de tierras fiscales, los indígenas han adquirido más de 300 mil hectáreas, de acuerdo al detalle del siguiente cuadro.

CUADRO N° 2
RESUMEN DE TRASPASO Y COMPRA DE TIERRAS⁶⁰

	Familias	Hectáreas	Inversión en millones de pesos (aprox.)
Subsidio de tierras	698	9.000 (aprox.)	-
Compras de tierras	3.098	35.147	-
Traspaso predios fiscales ⁶¹	2.907	256.000 (aprox.)	-
Totales	8.652	300.000 (aprox.)	26.254

⁵⁹ Las tierras entregadas a los indígenas durante el gobierno de la Unidad Popular, que no alcanzaron a titularse, fueron recuperadas por sus dueños y traspasadas directamente por estos, o en algunos casos por la Corporación Nacional Forestal (CONAF), a las empresas forestales.

⁶⁰ Datos aportados por el Departamento de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, actualizado a octubre de 2002.

⁶¹ Incluye traspasos efectuados por el Estado a comunidades y saneamientos individuales realizados por el Ministerio de Bienes Nacionales de acuerdo al DL 2.695.

Durante 2002 la CONADI ha destinado 3.400 millones de pesos solo en la Novena Región para la adquisición de tierras que favorezcan a unas 95 familias y 9 comunidades.

Aunque el Estado ha invertido recursos para la adquisición de tierras para los indígenas, los recursos utilizados en la adquisición de tierras resultan absolutamente insuficientes en relación con la demanda. Además, producto de la especulación, los terrenos agrícolas han subido de precio, por lo que parece improbable el cumplimiento de la meta señalada por el actual Presidente de la República en el sentido de adquirir 150.000 hectáreas durante su mandato. A ello se suma la mala calidad de las tierras adquiridas, la falta de implementación, asesoría técnica y planificación productiva por parte de las comunidades.

En cuanto a la administración de recursos naturales y territorio, los indígenas han reclamado que la plantación indiscriminada de pino *radiata* y eucaliptus *globulus* ha afectado el hábitat en que viven, ya que la utilización de productos químicos afecta sus siembras y su salud, tiende a la eliminación de especies con que los mapuche convivían y de las que se alimentaban, y agota las vertientes de agua. Los mapuche aspiran a poder influir en la decisión de las actividades productivas que se desarrollan en la zona, dado que ellas les afecta directamente.

Además, tanto los aymaras como los atacameños han tenido el problema de la superposición de las normas legales que regulan el uso del agua con sus sistema consuetudinarios.

En el caso de los indígenas que viven en las zonas costeras, especialmente en las provincias de Osorno y Chiloé, las tierras han sido afectadas por la sobreexplotación de los recursos marinos que se encuentran en vías de extinción y que constituyen un elemento vital para su desarrollo económico.

La legislación nacional fracciona la regulación de los recursos naturales, impidiendo que los indígenas puedan establecer un control sobre uso y aprovechamiento. En general, los indígenas no poseen derechos de aguas en sus tierras, y son no indígenas los que poseen la mayor cantidad de concesiones en los espacios que históricamente han ocupado los indígenas. Por ejemplo, en la Octava y Novena regiones, del 75% de los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales disponibles, solo el 2% estaba en poder de los mapuche al año 1997⁶².

⁶² Toledo, Víctor. 1997. "Todas las aguas. El subsuelo, las riberas, las tierras. Notas acerca de la (des)protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales y contribución a una política pública de defensa", en Revista Liwen N° 4, Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, 1997, (pp. 36-79), p. 42.

Las políticas del Estado han sido orientadas hacia la protección de las tierras, pero esta protección no ha funcionado en los casos de grandes proyectos de inversión; además, el Estado no ha aceptado la posibilidad que los indígenas tengan influencia en la administración de los recursos naturales y ha intentado poner en contradicción el interés de los indígenas –manifestado en la protección legal de la tierra– con el desarrollo económico del país.

6. TRATAMIENTO JUDICIAL DE LOS INDÍGENAS

A raíz de los conflictos generados entre los pueblos indígenas y el Estado, este ha ejercido una reacción judicial, extendiendo el debate a los tribunales, lo que ha significado que los indígenas han sido sometidos a procesos criminales por distintos delitos, utilizándose particularmente en su contra las legislaciones utilizadas en el régimen militar para reprimir a los opositores (Ley de Seguridad del Estado y Ley Antiterrorista).

No se trata aquí de ignorar la comisión de delitos, por el solo hecho de que sean cometidos en nombre de alguna reivindicación –por más justa que ella pueda parecer– ni de aplicar (al amparo del relativismo cultural) una valoración jurídica totalmente diferente a algunas personas por el solo hecho de pertenecer a una etnia distinta. Pero sí resulta problemático que con en el tratamiento judicial del conflicto indígena se estigmatiza una demanda que es legítima desde la perspectiva de los derechos humanos.

La reacción judicial del Estado frente a las demandas de los indígenas presenta cerca de una década y se funda en el concepto de unidad nacional y seguridad del Estado, entendiendo que aquellos que plantean una demanda de esta naturaleza son considerados peligrosos para la unidad del Estado. En el año 1992, el Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, representado por el Intendente de la Novena Región, Fernando Chuecas, presentó una querrela en contra de 140 mapuche, acusándolos del delito de usurpación y asociación ilícita. Los mapuche pretendían realizar manifestaciones de rechazo a la celebración de los 500 años de la llegada de los españoles a América, con la ocupación –que los indígenas describían como “tomas simbólicas”– de algunos predios que habían pertenecido a las comunidades. Esto fue interpretado por los órganos del Estado como un atentado al ordenamiento jurídico, en el sentido de constituir acciones tendientes a la violación del derecho de dominio sobre inmuebles, llevándolos a considerar al Consejo de Todas las Tierras (Aukiñ Wall Mapu Ngullam) como una organización constituida para la comisión de delitos. En este caso se dictó sentencia respecto de algunas personas que no habían sido formalmente acusadas. Ale-

gándose la vulneración de varios derechos consagrados en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, se presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que se encuentra pendiente actualmente⁶³.

Durante el gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle, se interpusieron en cuatro ocasiones (tres de ellas en contra de mapuche) querellas basadas en la Ley de Seguridad del Estado⁶⁴. Además, se ha interpuesto una serie de querellas por parte de empresas forestales, y ya existen numerosos condenados por distintos delitos.

Tanto la Ley de Seguridad del Estado como la que sanciona conductas terroristas, se orientan a la persecución de hechos y grupos a los que se les atribuye el intento de desestabilizar al gobierno constitucional y/o provocar pánico en la población.

En diciembre de 1997, a petición formal de la Empresa Madera Bosques Arauco S.A., el entonces Intendente de la Novena Región, Oscar Eltit, presenta un requerimiento por Ley de Seguridad del Estado en contra de los mapuche que resulten responsables de la quema parcial de dos camiones en el camino interior Lumaco-Purén y de otros hechos. En los días siguientes, 12 mapuche fueron detenidos acusados de participar en los hechos, siendo finalmente condenados cinco de ellos a una pena de presidio de tres años y un día⁶⁵. La prueba determinante en este caso en cuanto a la participación penal de los condenados en el hecho fue su propia confesión, ya que ninguno de ellos pudo ser reconocido por terceros, pues habrían actuado con los rostros cubiertos. Esta confesión, además, no parece haber sido judicial, pues esta en definitiva no habría existido, ya que el ministro instructor Antonio Castro –según versión de los detenidos–, en la realización de la diligencia, que se realizó en un recinto policial, se limitó a hostigarlos e increparles su eventual participación en el delito⁶⁶. Las demás pruebas

⁶³ Denuncia presentada por Aukan Huilcaman y el abogado Roberto Celedón.

⁶⁴ Esta ley reserva al Gobierno y otras autoridades estatales la posibilidad de interponer un requerimiento ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando se considere que se ha verificado alguna de las conductas tipificadas en la ley, muchas de las cuales están descritas en forma vaga. Este cuerpo legal posee ciertas características más propias de regímenes de excepción que de una situación de normalidad constitucional en un sistema democrático: muchas de las conductas que sanciona están descritas en forma vaga; dispone la aplicación de un procedimiento judicial propio de la justicia militar, que instruye un juez especial, el cual puede apreciar la prueba en conciencia, es decir, con mayor discrecionalidad que en la generalidad de los casos; restringe la posibilidad de impugnar la sentencia definitiva; etc.

⁶⁵ Expediente Rol N° 2/1997.

⁶⁶ Estos antecedentes se han obtenido de la información del expediente archivado en la Corte de Apelaciones de Temuco y de uno de los abogados que realizó la defensa de los condenados.

(por ejemplo, informes periciales) no se referían a la participación, sino a la existencia del delito.

Actualmente se encuentran en trámite dos causas por delitos de Ley de Seguridad del Estado en contra de mapuche, tres por requerimiento de la Ley antiterrorista, y una serie de otras por delitos contra la propiedad. Durante los últimos cinco años, más de 30 mapuche han sido condenados por hechos vinculados al conflicto y alrededor de 100 aún tienen juicios pendientes⁶⁷. Muchos de ellos (al menos 40) han sido encausados en tribunales militares, por eventuales delitos de lesiones u ofensa en contra de funcionarios policiales.

Los mapuche han denunciado además malos tratos por parte de carabineros en el momento de la detención⁶⁸. Actualmente se tramitan ante la Fiscalía Militar de Temuco al menos tres denuncias por violencia innecesaria y tortura, como es el caso de un joven campesino mapuche de las cercanías de Temuco, que en diciembre de 1999 participó en movilizaciones y fue agredido en la detención practicada por carabineros durante la madrugada en su domicilio, y luego en el recinto policial. El detenido acusa haber sido objeto de torturas tales como golpes propinados en distintas partes del cuerpo, así como de lo que se conoce comúnmente como “submarino seco” (introducir la cabeza del individuo en una bolsa hasta provocar su ahogo). Producto de la denuncia realizada por otros mapuche, el diputado Eugenio Tuma y el abogado de la Universidad Católica de Temuco Iván Díaz se hicieron presentes en la sede policial, por lo que los detenidos fueron puestos a disposición del Tribunal; tanto el parlamentario como el profesional pudieron apreciar huellas de golpes en el cuerpo del joven. Días después, una radiografía demostró que la persona había sufrido una fractura costal. Sin embargo, la causa fue sobreseída en primera instancia por la justicia militar y actualmente se encuentra en tramitación en la Corte Marcial⁶⁹.

Otro caso de maltrato policial es el denunciado por una menor de edad tras haber sido agredida en enero de 2001 con disparos de balines efectuados por oficiales de Carabineros que regresaban de un operativo en un predio en la comuna de Galvarino. La víctima no se encontraba participando de los hechos perseguidos por la

⁶⁷ Algunos de estos datos se han obtenido del sitio www.derechosindigenas.cl

⁶⁸ Esta situación ha sido ratificada por abogados que han asistido a los mapuche en las primeras diligencias, y por afirmaciones de los propios detenidos; en cambio, judicial o administrativamente, son muy escasos los casos en que se ha podido demostrar este abuso.

⁶⁹ Antecedentes que obran en el expediente y obtenidos también a través del abogado denunciante.

policía (estaba a más de 8 km) y peritajes han demostrado que las municiones corresponden a las que usan las Fuerzas Especiales de Carabineros y que solo algunos policías estaban facultados ese día para portar ese tipo de armas⁷⁰.

Algunos operativos han sido particularmente violentos, como en el caso de un desalojo en la comuna de Traiguén en el año 1998, cuando la policía utilizó unos 200 efectivos para una comunidad de no más de 30 personas, agrediendo a ancianos y niños, produciendo daños en una vivienda. En el año 2000, con motivo de un operativo en Ercilla, ingresaron a la comunidad efectivos fuertemente armados, con tanquetas y vehículos especiales.

El día 7 de noviembre de 2002, en horas de la tarde, un joven mapuche de 17 años, Alex Lemun, fue baleado en las inmediaciones de la comunidad donde vive, cuando aparentemente participaba en una movilización en un fundo forestal, en la comuna de Ercilla, Novena Región. Días después, la Fiscalía del Ministerio Público designa un Fiscal especial para que investigue el caso. Cuatro días después de la agresión, el joven mapuche muere en un centro asistencial de Temuco producto del impacto de balín que recibió en la cabeza. El mismo día se realiza la autopsia y se le extrae el balín que resultó ser metálico y al que el Fiscal ordenó hacer un peritaje balístico para determinar el tipo de arma desde la que se pudo efectuar el disparo.

En los días siguientes se produjeron una serie de movilizaciones de organizaciones mapuche y se realizaron una serie de ataques a propiedades y el incendio de una escuela pública rural. El día 14 de noviembre se realizan los funerales de Alex Lemun en Pidima, Novena Región, a la cual asisten más de 400 personas, entre ellas dirigentes y alcaldes mapuche de distintas zonas del país.

Dos semanas después del incidente, la Fiscal Regional de la Araucanía, en conferencia de prensa, declara que de la investigación realizada hasta ese momento, incluyendo el peritaje balístico, se concluía que existía la posibilidad que el autor del disparo fuera un funcionario de Carabineros, sin excluir otra hipótesis. Por lo anterior señala que el Ministerio Público es incompetente para conocer de este hecho, por lo que remitirá los antecedentes a la Fiscalía Militar respectiva para que inicie una investigación. El mismo día el General Director de Carabineros reconoció públicamente –contradiendo a la Fiscal y a declaraciones previas de otros oficiales policiales– que era efectivo que un carabinero había dispa-

⁷⁰ Antecedentes que obran en el expediente tramitado en la fiscalía militar de Temuco y obtenidos de entrevista con el abogado denunciante.

do a Alex Lemun, provocándole la muerte, pero que el disparo se había efectuado en defensa propia.

Ahora bien, en el contexto de la reforma procesal penal, vigente en la novena región desde el 16 de diciembre de 2000, aunque no se han ventilado aún muchos casos que se relacionen con el conflicto, según la opinión de dos abogados de la Defensoría Penal Pública Regional⁷¹, en general, el tratamiento de los mapuche no es diferente al resto de los imputados, sino solo cuando se trata de casos vinculados al conflicto indígena, recibiendo en algunos de estos últimos casos un trato discriminatorio. De acuerdo a lo señalado por los defensores entrevistados, los fiscales, en los casos vinculados al conflicto mapuche, formalizan la investigación de forma que involucre varios delitos (por hechos que podrían subsumirse en una figura)⁷², con el objeto de obtener la prisión preventiva del imputado, cuestión que no ocurre en el resto de los casos, incluso en otro tipo de casos que involucran a mapuche.

Los jueces, en general son más permisivos en estos casos con los fiscales a la hora de aceptar las solicitudes prisión preventiva, la que generalmente fundamentan en el peligro para la seguridad de la sociedad, en el entendido de que cada caso en particular es parte de un conflicto mayor, ligado a conductas terroristas.

También ha constituido un problema el que en muchas ocasiones se ha impedido el uso del idioma propio en los juicios, cuestión que está garantizada no solo en las normas internacionales⁷³ sino en la propia ley indígena. Además, es un derecho de todo imputado, en virtud del principio de inmediación y defensa, el contar con intérprete para poder manifestar todo lo que estime conveniente a lo largo del juicio. La dificultad que surge en estos casos consiste en que habitualmente no se considera necesario el uso de la lengua nativa porque –se entiende que– el indígena maneja el Castellano, situación que, además, resulta difícil establecer con precisión; ello a pesar de que la ley indígena chilena establece que es obligación del juez aceptar el uso de la lengua materna, sin distinguir en qué casos. Los jueces han aplicado de manera diferente esta norma, y algunos sostienen que esto procedería sola-

⁷¹ Para la obtención de estas percepciones se efectuó una entrevista con dos abogados que ejercen en la Defensoría Penal de Temuco.

⁷² En dos oportunidades, los tribunales han condenado por un delito, en circunstancias de que la formalización de la investigación comprendió dos o más delitos.

⁷³ Artículo 27 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992.

mente cuando el imputado no hable Castellano⁷⁴. Este derecho implica no solo la facultad de declarar en el idioma materno, con la presencia de un traductor que le permita entender la declaración al resto de los intervinientes que no conocen el idioma, sino que incluye también el derecho a que un traductor le permita entender en su idioma todo lo que se dice durante la audiencia. Debe agregarse además que no existen traductores profesionales que intervengan en las diferentes instancias, tanto en el juicio como en las audiencias preliminares, y tampoco en la relación con defensores y fiscales, lo que puede ser problemático, especialmente en lo que se refiere a los defensores, en cuanto a poder ejercer una efectiva defensa. En relación a la defensoría, también hay problemas derivados del exceso de carga de trabajo de los defensores designados para llevar este tipo de causas, los que además de ocuparse de los casos que involucran a mapuche, deben hacerse cargo de otro tipo de casos, lo que dificulta llevar adelante una buena defensa.

Paradigmático resulta a este respecto el juicio a que fueron sometidos dos dirigentes del Consejo de Todas las Tierras, condenados por atentado y desacato a la autoridad, producto de un desorden provocado a la salida de una audiencia de revisión de la prisión preventiva de un dirigente de la comuna de Victoria, en el Juzgado de Garantía de esa ciudad. Los mapuche fueron acusados en virtud de diversos testimonios de los funcionarios de dicho Juzgado, quienes observaron que al término de la audiencia, los dirigentes (uno de los cuales hizo de intérprete en la audiencia) hablaron en mapudungun con las personas que estaban fuera del tribunal y estos comenzaron a gritar y tocar tambores. Los defensores alegaron en esa oportunidad que el incidente se debió al “total desconocimiento del idioma mapuche, lo que llevó a una errada interpretación de parte de los funcionarios del tribunal, quienes se confundieron e imaginaron situaciones que lograron producir tensión colectiva y pánico, aumentada por el hecho de que los mapuche llegaron al Juzgado con sus atuendos típicos e instrumentos musicales, Trutruca y Kultrun”⁷⁵. Manuel Santander, condenado en este caso, manifestó durante el juicio “que se sintió

⁷⁴ Ejemplo de este caso es la audiencia de Formalización de la Investigación en contra de Segundo Aniceto Norín Catrیمان en el Juzgado de Garantía de Traiguén en enero de 2002. En el acta de dicha audiencia consta la solicitud de la defensa: “La Defensa, expone que dado que su lengua materna es el mapudungun.....para poder expresarse con mayor claridad, poder declarar en su lengua materna”. A lo cual, la Jueza expresó que “tengo entendido que él habla castellano”. Ante la insistencia de la defensora, la Jueza resolvió que debía solicitarse una audiencia especial, para el caso que el imputado no deseara declarar en Castellano sino en Mapudungun.

⁷⁵ Sentencia del Juzgado Oral de Angol en contra de José Naín y otro, atentado y desacato contra la autoridad Rol único 0100037260

ofendido culturalmente por las declaraciones prestadas el día anterior, porque son expresiones de racismo y que la acción de los fiscales es una persecución política a los dirigentes del pueblo mapuche (...) por el hecho de andar vestidos a la usanza mapuche y hablar mapudungun no se les puede acusar de violentistas o de incitar al desorden”⁷⁶.

En algunas oportunidades los jueces imponen medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva que no se justifican. Es así como en ocasiones han prohibido al imputado comunicarse con miembros de su comunidad, aunque el delito por el cual se lo persigue no es el de asociación ilícita, o se ha impuesto a un imputado la prohibición de acercarse a su comunidad cuando esta ha sido catalogada en su totalidad como una asociación ilícita, lo que los estigmatiza como delincuentes y además así se impide que la persona viva en su hogar sin una justificación razonable.

Además, en opinión de un abogado que usualmente participa en las primeras diligencias, durante la detención policial no siempre se garantiza al imputado mapuche su derecho de acceder a su abogado de confianza.

En otro caso relevante, se ha formulado acusación en contra de dos dirigentes mapuche, y los tres hijos de uno de ellos, por el incendio de un predio forestal y una casa de campo de un ex ministro de Estado, calificado como delito terrorista, aplicándose los plazos de detención excepcionales establecidos en esa ley. Aunque la Defensoría Penal impugnó (a través de un amparo) que se diera prioridad a una legislación excepcional que vulneraba derechos del defendido establecidos en el nuevo Código, los Tribunales no acogieron estos argumentos. Los mapuche han estado presos por más de 10 meses, y solo a fines de septiembre de 2002 se formuló acusación en su contra por delitos descritos en la Ley antiterrorista. Las pruebas en que se funda la acusación no han sido exhibidas completamente a la contraria; de hecho, la prueba sustancial consiste en la declaración de testigos encubiertos, cuya versión escrita fue entregada en forma incompleta a la defensa (se han tarjado aspectos importantes). La Corte de Apelaciones desechó una queja interpuesta en contra de la Jueza de Traiguén, quien no accedió a la petición de la defensora para conocer la identidad de algunos testigos en que se funda la investigación y acusación del Fiscal. La Corte señala en su resolución que no existe falta o abuso, y el voto minoritario plantea que el recurso debió rechazarse, además, porque no estimaba que el hecho de que la defensa no pueda conocer la identidad de algunos testigos constituya una vulneración al derecho de defensa⁷⁷.

⁷⁶ Sentencia citada.

⁷⁷ Resolución del Pleno de la Corte de Apelaciones de fecha 9 de octubre de 2002.

En suma, los fiscales sostienen que solo están ejerciendo su función legal, como organismo técnico⁷⁸. Los defensores señalan que algunos de los factores que concurren en estos casos perjudicando a los indígenas son el desconocimiento generalizado de los derechos de los imputados; presión de los medios de comunicación que influye en la opinión pública y en el accionar de los fiscales; intervención de autoridades públicas, haciéndose parte en los juicios o formulando declaraciones alarmistas; desconocimiento de la cultura mapuche⁷⁹.

El que en varios casos se trate de hechos criminales graves y violentos, que deben ser investigados y sancionados, no justifica que se haya generado una predisposición en contra de los indígenas, lo que se manifiesta en los elementos discriminatorios descritos en las páginas anteriores, tales como el juzgamiento –en forma demasiado habitual– conforme a procedimientos propios de Estados de excepción (ley antiterrorista, de seguridad del Estado y justicia militar), malos tratos durante la detención, afectación del derecho a la defensa y otros. Esto ha derivado en una estigmatización de los indígenas, desviándose la discusión de la demanda de derechos a una cuestión de represión criminal.

⁷⁸ “¿Qué sucede ahora en relación a la realidad mapuche? Partiendo de ese concepto general de organismo técnico que es el Ministerio Público, nosotros.....investigamos delitos que están establecidos en la legislación común, algunos de los cuales también están establecidos en la legislación especial”. García, Pedro. 2002. “No se puede exigir a la Reforma Procesal Penal la solución del problema mapuche”, en “Derechos, Reforma a la Justicia y Pueblo Mapuche”, Instituto de Estudios Indígenas y Corporación FORJA, Formación Jurídica para la Acción (95-98), p. 96.

⁷⁹ Jelves, Sandra. 2002. “Pueblo Mapuche: entre los avances de la norma jurídica y la subjetividad de los operadores”, en “Derechos, Reforma a la Justicia y Pueblo Mapuche”, Instituto de Estudios Indígenas y Corporación FORJA, Formación Jurídica para la Acción (61-64), p. 63.