

**INFORME FINAL
COMISIÓN POR LOS DERECHOS
DEL PUEBLO MAPUCHE**

SANTIAGO, JUNIO 2013.

INDICE

	Pág.
1. Antecedentes de la Comisión.....	3
a. Objetivos y mandato de la Comisión	4
b. Sesiones y participantes.....	4
2. Ejes temáticos	5
a. Discriminación y demanda por reconocimiento.....	5
b. Tierras, territorios y recursos naturales.....	8
c. El Derecho a la consulta	11
d. La Ley antiterrorista y los estándares internacionales.....	13
3. Recomendaciones	15
a. Discriminación y demanda por reconocimiento.....	16
b. Tierras, territorios y recursos naturales	20
c. El Derecho a la consulta	21
d. La Ley antiterrorista y los estándares internacionales.....	27

Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche

1. Antecedentes de la Comisión

El 22 de marzo de 2011 se dictó sentencia condenatoria¹ por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete contra cuatro comuneros mapuche: Jonathan Huillical Méndez, Santiago Huenuche Reiman, Héctor Llaitul Carillanca y Ramón Llanquileo Pilquimán, quienes una semana antes habían iniciado una huelga de hambre. Estas condenas son parte de un proceso más amplio seguido en contra de 17 integrantes del pueblo mapuche acusados entre otros delitos, de incendio terrorista, asociación ilícita terrorista, robo con intimidación, homicidio frustrado y atentado contra la autoridad.

La mayoría de los imputados fueron absueltos, salvo los cuatro comuneros antes indicados, los que fueron condenados por el delito de homicidio frustrado en contra de un Fiscal Adjunto del Ministerio Público y por el delito de lesiones graves en contra de personal de la Policía de Investigaciones, delitos por los que se les impuso la pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo. Se les condenó, además, por el delito de robo con intimidación, por el que fueron condenados a las penas de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, en el caso de Héctor Llaitul, y a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a los tres restantes. Estas fueron impuestas conjuntamente con las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena. Las defensas de los cuatro condenados recurrieron de nulidad contra la sentencia definitiva. Posteriormente la Excm. Corte Suprema rebajó las penas originales, rechazando el recurso de nulidad interpuesto por las defensas de los cuatro comuneros mapuche y dictando sentencia de reemplazo.

La huelga de hambre se mantuvo por un periodo de 87 días y en el marco de la finalización de la misma, el día 09 de junio de 2011, se constituyó la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche, conformada por Monseñor Fernando Chomalí, Arzobispo de Concepción; doña Lorena Frías Monleón, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, doña Natividad Llanquileo Pilquimán, Vocera mapuche, doña Millaray Garrido Paillalef, Vocera mapuche, Monseñor Pedro Ossandon, Obispo Auxiliar de Concepción y el Padre Jose Fernando Díaz, de la Comisión Nacional de la Pastoral Indígena Zona Sur. En el mes de diciembre de 2011, los integrantes, que participaban en calidad de voceros de los presos mapuche se retiraron de la Comisión, por considerar que el objetivo de la Comisión era abogar por la derogación de la Ley 18.314.

¹ RUC 0800932994-4

a. Objetivos y mandato de la Comisión

La Comisión fue constituida con el objetivo general de promover y defender los derechos del Pueblo Mapuche. En términos específicos, sus objetivos fueron:

- Realizar buenos oficios destinados a resolver situaciones generales o particulares de las personas que pertenecen al pueblo mapuche.
- Emitir recomendaciones basadas en los estándares internacionales de derechos humanos, con especial énfasis en los compromisos suscritos por el Estado de Chile.
- Proponer una reforma efectiva de la Ley 18.314 de manera que se ajuste en su tipificación a los estándares internacionales y a analizar las obligaciones que debe cumplir el Estado de Chile en materia de reclusión de personas pertenecientes a pueblos indígenas, de conformidad a lo establecido en el art. 10² del convenio 169 de la OIT.

En cuanto a su mandato, se señaló que la Comisión deberá constituir un espacio de escucha y sistematización de las demandas más relevantes del pueblo mapuche y con capacidad de emitir recomendaciones que deberán ser implementadas por las autoridades públicas.

b. Sesiones y participantes

La primera sesión de la Comisión se realizó el 21 de julio de 2011 en la ciudad de Concepción y en ella participaron, además de los miembros de la Comisión, el Lonko Osvaldo Millahual de Tirua, Arauco, el Sr. Jorge Contesse Director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, el Sr. Héctor Montecinos, del Consejo de Defensa de la Salud Pública de la Red Reconstruyamos, el Sr Remigio Llamef, Presidente de la Asociación Indígena Wallmapu de Concepción y otros representantes mapuches. En dicha sesión se trató fundamentalmente la ley antiterrorista y las deficiencias respecto a los estándares internacionales.

La segunda sesión de la Comisión se realizó el 24 de agosto del 2011 en la ciudad de Concepción y en ella se oyeron los testimonios y planteamientos de Andrea Rivas Rain, Representante de la organización “Defensa del río Pilmaiquen”, Juana Raiman, madre del comunero Mapuche condenado en la cárcel de Angol, José Huenuche y del Sr. Jose Miguel Vivanco, Director para las Américas de Human Rights Watch. En ésta sesión el tema tratado fue el derecho a la consulta desde el derecho internacional de los derechos humanos y la ley

² 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

La tercera sesión fue celebrada el lunes 5 de diciembre de 2011 en la ciudad de Temuco y en ella se escucharon los planteamientos del Sr. Jose Aylwin, Codirector del Observatorio Ciudadano y también se escucharon los planteamientos de algunos parlamentarios de la zona, como el Senador Jaime Quintana y el Diputado Eugenio Tuma

La cuarta sesión se realizó en Santiago, el 5 de julio de 2012 y en ella participaron, entre otros, el Sr. Matías Abogabir Méndez Asesor Especial para Asuntos Indígenas del Ministerio Secretaría General de Gobierno, el Sr. Adolfo Millabur, en representación de la Identidad Territorial Lafkenche y el Sr. Juan Valeria Quilapan, en representación de la Asociación de Profesionales indígenas, Coordinación de Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados, entre otros. En ésta sesión se debatió sobre la problemática de las comunidades indígenas pesqueras y temas relacionados con la consulta y la política indígena del actual gobierno.

Finalmente, la quinta sesión se realizó el 5 de septiembre de 2012 y en ella expusieron, entre otros, el Sr. Pablo Castro Fones, Sacerdote Jesuita, y el Sr. Alfredo Seguel y otros representantes del Grupo de Trabajo por los Derechos Colectivos. En la quinta sesión se trataron fundamentalmente los conflictos medioambientales que afectan a las comunidades mapuches.

2. Ejes temáticos

Más allá de los temas puntuales que fueron abordados en las sesiones como así mismo las denuncias que fueron presentadas a la comisión durante su funcionamiento, hay cuatro temas ejes que son fundamentales y que son los que aparecieron de manera sistemática en las sesiones. Estos ejes temáticos son los siguientes: el tema de la discriminación y la demanda por reconocimiento; el derecho a la tierra, territorios y recursos naturales; el derecho a la consulta; la ley antiterrorista y los estándares internacionales. A continuación se presentará una síntesis de los temas planteados, ordenados de acuerdo a estos cuatro ejes temáticos.

a. Discriminación y demanda por reconocimiento

Durante las sesiones de la Comisión, los representantes mapuche, sin exclusión, hicieron ver cómo en la sociedad chilena muchas veces existe ignorancia y prejuicios sobre el pueblo mapuche, prejuicios que la historia ha instalado en los chilenos, sin exclusión. Como lo expresara Adolfo Millabur, *hay una ignorancia intencionada que tiene el pueblo chileno. Aquí hubo una guerra que no hace más de 150 años terminó y cuando alguien gana una guerra quiere que el*

derrotado sea olvidado y eliminado. No es por casualidad que no se entregue una historia verdadera a los chilenos sobre qué sucedió en la guerra. En todo el sistema educativo hay una intención respecto a que el pueblo chileno sea ignorante sobre nosotros. Hoy está muy asentado el prejuicio que antes de sentarse con un mapuche se debe tener cuidado porque mapuche es sinónimo de conflicto, terrorismo, así como antes era sinónimo de inculto, flojo, incivilizado y borracho. Este es un estigma que está en la mentalidad chilena y que sin duda impide avanzar hacia un diálogo y reconocimiento efectivo.

El testimonio personal del padre Pablo Castro, jesuita, es ilustrativo en este caso cuando señala que fue criado y educado en un colegio particular en Santiago, en una época en que el pueblo mapuche y los temas mapuches estaban ocultos en el país. El pueblo mapuche era una realidad que aparecía completamente oculta a mis ojos y a mi vida. Recién en el año 1983 porque participé en unos trabajos voluntarios en Sara de Lebu, en la comuna de Los Álamos cerca de Cañete y para mí fue un shock cultural muy fuerte, muy importante que marcó mi vida hasta hoy. Cuando fui invitado de la ñaña Elba Puen y la ñaña Brígida Puen. Me hablaron en un idioma que yo desconocía, no solo por las palabras sino por su modo de entender la vida. Estábamos tan cerca de donde yo había vivido mi vida hasta ese momento. Descubrí sonidos diferentes, miradas y actitudes diferentes. La verdad es que me fui enamorando del pueblo mapuche y de su gente. De gente concreta, no de una teoría ni una idea.....Fui testigo de un pueblo organizado, fui testigo de convivencias pacíficas del encuentro de dos mundos. Hombres y mujeres mapuches que transitan entre las dos identidades, entre dos mundos sin dificultad. Las dificultades por lo general las tenemos los winkas que nos cuesta mucho más.

Este desconocimiento es algo que sigue hoy en nuestro país. Así lo reconoció el propio representante de Gobierno, Matías Abogabir Méndez, al señalar que la temática indígena no es una temática que sea conocida por toda la sociedad en Chile. Entonces, señalaba Abogabir, no es que no exista una disposición positiva por parte del gobierno sino por la sociedad en su conjunto porque no conoce la temática indígena.

En las sesiones de la Comisión, los representantes mapuche denunciaron que en Chile existe una clara discriminación hacia el pueblo mapuche y hacia los mapuches individualmente considerados. Esto se manifiesta en todas las esferas de la vida, como por ejemplo, tal como lo manifestó el Lonko Osvaldo Millahual, en la forma de hacer justicia; en cómo es tratada la mujer Mapuche por el hecho de usar su vestimenta tradicional; en la violencia policial que es ejercida en las comunidades mapuche; por el desconocimiento que existe sobre la demanda mapuche al reivindicar la tierra, su madre tierra, como señaló el lonko, *nuestro Ñuke Mapu porque nosotros sin nuestro ñuke mapu no somos nada. Es lo mismo que a un niño le quitara a su mamá ¿qué hace? Nuestro ñuke mapu nos da todo: la salud, la sabiduría, la educación. Y queremos un trato especial. Somos chilenos pero lamentablemente para algunos pequeños sectores no somos bienvenidos, somos como un bichito que molesta.*

Sin lugar a dudas una clara muestra de la discriminación en Chile es en la aplicación de la legislación penal en contra del pueblo Mapuche. Tal como señaló Jorge Contesse, los órganos internacionales de protección de derechos humanos tales como el Consejo de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han señalado que en el uso de la legislación penal en Chile hay una discriminación. No se utiliza la legislación antiterrorista de la misma manera en los casos de personas que no son de origen Mapuche que con personas que sí lo son.

Otro de los temas planteados durante las sesiones, relacionados a los prejuicios que hay entorno al pueblo mapuche, se refiere a la supuesta dispersión y fragmentación que existiría en su interior. Sobre este punto se indicó que si existe esta fragmentación y dispersión, ello es el resultado de políticas de Estado que han desconocido la organización tradicional de los mapuche. En efecto, tanto los representantes mapuches como no mapuches fueron muy críticos respecto de las políticas que se han implementado por parte del Estado a partir de la ley indígena y cuyo resultado en la práctica ha producido efectivamente una distorsión de las organizaciones representativas del pueblo mapuche y de sus liderazgos. La aplicación de la ley indígena, se señaló de manera reiterada, al no reconocer a las organizaciones tradicionales y al exigir la constitución de comunidades indígenas de conformidad a la ley para acceder a ciertos beneficios, ha fragmentado a las comunidades sociológicas. Esta situación ha generado no sólo problemas a nivel jurídico sino que problemas en la cohesión de las comunidades que han debido organizarse de una manera no tradicional, ajena a sus costumbres.

Todo el tema del desconocimiento de la realidad mapuche, sus usos, costumbres y cosmovisión finalmente se vislumbra en la falta de reconocimiento constitucional que hoy existe en Chile respecto de los pueblos indígenas y sus derechos. Durante las sesiones los representantes indígenas insistieron en la necesidad de que exista este reconocimiento y en la necesidad de un trato especial que reconozca no sólo la existencia de los pueblos indígenas sino que sus derechos colectivos sobre la tierra, el territorio y su derecho a la autodeterminación. Se insistió que el tema del reconocimiento es algo esencial pues el tema actual del conflicto del Estado con el mundo mapuche es político, no es un problema de pobreza y no es un problema judicial de violencia. Es político porque tiene que ver con el reconocimiento a su existencia como pueblo, con una cosmovisión propia y única, con el reconocimiento a su derecho a la tierra y su derecho a la autonomía. La dificultad del pueblo mapuche no es de pobreza, se señaló. Si no fueran pobres estaríamos en el mismo conflicto. La dificultad del pueblo mapuche no es policial porque mientras no haya autonomía va a seguir habiendo violencia. Es político porque tiene que ver con reconocimiento constitucional, reconocimiento a su demanda por tierra y territorio. Todos son temas políticos propios de un pueblo y ponen una pregunta radical sobre nuestra conformación como Estado país y una pregunta radical al centralismo de Chile. Por eso mismo se criticó mucho la política de la CONADI. No se trata de mejorar caminos, no se trata de construir una posta en un lugar

apartado, no se trata de mejorar los subsidios, no se trata de construir más vivienda sociales. Todo eso es necesario pero ese no es el tema. El tema es político, no es social ni judicial.

b. Tierras, territorios y recursos naturales

Como señalara el Arzobispo de Concepción, Monseñor Fernando Chomali, el pueblo Mapuche tiene los índices de pobreza mayor que la media nacional. El Lonko Osvaldo Millahual señaló al respecto que hay muchas causas pero sin duda que la principal es que si bien se ha producido una devolución de tierras a las comunidades mapuche, ello ha sido insuficiente ya que *en algunas partes todavía falta mucha tierra que sea devuelta a nuestros peñis. No solamente la tierra, porque en parte se le ha entregado un poco de tierra al pueblo Mapuche, pero la entrega sin asesoría técnica..... porque faltan los recursos para hacer producir la tierra. Lo que nosotros quisiéramos es que si mañana o pasado vinieran oportunidades, estas vinieran más completas para poder producir la tierra y de esa manera nos permitiría ir surgiendo de otra manera.*

Natividad Llanquileo manifestó que el pueblo mapuche está luchando por la recuperación de sus derechos como pueblo y también defendiendo su derecho a seguir existiendo como tal y eso significa principalmente el luchar y el defender la madre tierra, que es la que les da la vida, el alimento y todo lo necesario para seguir viviendo como pueblo.

Adolfo Millabur en su intervención explicó muy claramente que de lo que se trata es ver que Mapu es todo y no es sólo la tierra. *Mapu es la tierra, es el aire, es lo que no se ve y lo que se ve, todo. Por algo hay distintas formas en que se dice Mapu y tienen que ver con nuestra cosmovisión.* Así, por ejemplo, en el caso del pueblo lafquenche el tema del acceso al borde costero y al mar no es un tema menor. En una de las sesiones los representantes lafquenche expusieron cómo ha sido todo el largo proceso que ellos han llevado a cabo para que las autoridades de gobierno y del parlamento, a partir del año 91, fueran comprendiendo esta visión amplia del territorio y los conflictos que ha implicado para ellos toda la tramitación de la ley de pesca y sus modificaciones. Explicaron que a inicio de la década de los noventa se dictaron muchas leyes que afectaron los territorios indígenas pero que, en palabras del propio Millabur, *Tal vez nosotros distraídos por la coyuntura, los dirigentes de la época y en lo que nosotros tratábamos de participar en nuestra juventud, tal vez nos dedicamos y quizás lo único que nos lograba movilizar era la ley indígena que hoy regula la CONADI. Si ustedes leen esa ley, en esa ley se hablaba de territorio que significa agua, mar, subsuelo y tierra entre otras cosas que parecen más amplias pero hoy conocemos esa ley que es bastante restrictiva y pobre que de una u otra manera regula la CONADI. Pero el sueño del pueblo mapuche incluía muchas otras cosas e incluía el mar. En aquella historia de la ley si se recurre a lo que planteaban los dirigentes y lo que planteaban también en el*

parlamento pero es la ley que salió. Una ley por muchos compartida y por muchos no.

Luego, a partir del año 94 los lafquenches explican cómo, a través de la ley de pesca, se inicia un proceso en virtud del cual se intentó organizarlos en organizaciones que eran ajenas a su modo tradicional, mediante sindicatos al interior de sus comunidades, desnaturalizando lo que ellos eran y luego sin aviso, sin consulta se repartió el derecho a pesca entre los industriales y pescadores artesanales, dejando absolutamente fuera del proceso a los mapuche lafquenche. Finalmente, algunas autoridades de gobierno, en palabras del propio Adolfo Millabur, reconocieron que cometieron un grave error una vez más, por desconocimiento. Así, finalmente, luego de un larguísimo peregrinar, los lafquenches lograron la Ley Lafquenche o ley 20.249. que reconoce que los Mapuche Lafquenche existen y que tienen derecho al mar. Sin embargo, los problemas con la ley de pesca subsisten y en la sesión dedicada al tema las críticas fueron muchas y fundamentadas sobretodo por la falta de consulta en el último proceso de modificación a la ley durante el 2012. Millabur escuetamente resumió el problema al señalar que *la ley dice que podemos tener mar y no sacar peces de ese espacio. O sea es como si la CONADI nos comprara doscientas hectáreas de tierra y las pudiéramos cerrar pero no podemos cultivarlas. Los industriales pueden sacar los peces de nuestros espacios pero nosotros no; podemos engordar los peces de nuestro espacio pero no sacarlos nosotros. Esa contradicción vital está sucediendo en la discusión de ley actual.*

La falta de consulta y participación del pueblo mapuche respecto de los proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios es un tema grave y que apareció con mucha fuerza en las sesiones. El tema de los mapuche lafquenche es uno, y grave. Como lo expresaran Miguel Cholquemán y Manuel Tapia, *si no vamos a ser pescadores, no vamos a ser lafquenche. Vamos a ser ladrones del mar o los piratas del mar nos pueden llamar. Como ellos quieran. Vamos a tener que robar porque de eso hemos vivido toda la vida, es feo decir que vamos a tener que robar si no nos autorizan a pescar porque vamos a tener que hacerlo igual. No sabemos hacer otra cosa.*

Sin duda que la falta de consulta, la explotación de los recursos naturales en tierras indígenas implica pasar a llevar derechos de los pueblos indígenas y con ello, como dijera los propios representantes mapuches, *se está encubando el conflicto. Se está encubando problemas. Como nosotros no tenemos el poder de los medios de comunicación entonces va a seguir la estigmatización de que los mapuche son sinónimo de conflicto, mapuche sinónimo de terrorista. Creo que la sociedad chilena tiene que reflexionar en torno a eso.*

Otro de los temas que apareció, relacionado con esto, es que la actual institucionalidad del Estado, concretamente la CONADI, es insuficiente para atender estas demandas. Lo reconoció el propio representante de Gobierno, Matías Abogabir al señalar que la CONADI es una institución que se creó hace veinte años y requiere modernizarse. Por ejemplo, CONADI no tiene dentro de sus funciones el tema de la ley Lafquenche. CONADI por ley tiene una cantidad

de funcionarios que no puede exceder. Eso ha significado que muchas veces CONADI no pueda responder en los tiempos esperados. Muchas veces no hay una capacidad técnica del organismo para poder avanzar lo más rápido posible.

Por otra parte, José Aylwin hizo una larga exposición sobre los antecedentes históricos y jurídicos relativos a los derechos territoriales del pueblo mapuche en Chile y con cifras de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, del 2003, fue mostrando cómo las tierras de los mapuches fueron disminuyendo dramáticamente a través de la radicación y las leyes divisorias. Posteriormente analizó la política pública en la materia a partir de la dictación de la ley indígena mediante el traspaso de tierras fiscales y la aplicación del Fondo de Tierras y Aguas que contempla la referida ley. Al respecto señaló entre los principales problemas el bajo financiamiento que ha existido para resolver la demanda territorial como así mismo la ausencia de mecanismos para dar respuesta a demandas de propiedad ancestral de los pueblos indígenas. Asimismo hizo referencia a los impactos que ésta política ha tenido en los pueblos indígenas y particularmente en el pueblo mapuche, impactos tales como el desposeimiento y usurpación de tierras indígenas, pobreza, migración y, en los últimos años, la criminalización de la protesta social mapuche. Estos impactos han significado incluso una preocupación de los órganos internacionales de derechos humanos que se han pronunciado expresamente sobre algunos temas relacionados con los derechos territoriales de los indígenas en Chile, como el CERD, el Relator Especial de Derechos Indígenas de la ONU James Anaya y la OIT.

Alfredo Seguel, junto a otros representantes del Grupo de Derechos Colectivos, plantearon la actual situación que afecta el territorio ancestral mapuche o wallmapu. Por una parte, la enorme disminución de tierras que pertenecían ancestralmente a los indígenas y que les han sido usurpadas por distintas vías. Y en la actualidad manifestaron su preocupación por la serie de proyectos de inversión que actualmente se están desarrollando en territorio mapuche y que serían atentatorios a los derechos colectivos de muchas comunidades y que se han hecho violando la ley indígena y el Convenio 169 de la OIT.

De acuerdo a las cifras entregados por el Grupo de Derechos Colectivos, la superficie de la región de la Araucanía que está bajo el control de las comunidades mapuche es el 20%. En ese 20% están emplazados más del 70% de los vertederos y el 100% de las plantas de tratamiento de las aguas servidas. En ese 20% también están emplazadas la gran mayoría de las industrias forestales de la región de la Araucanía. Zonas completamente empobrecidas como Lumaco, Ercilla, Collipulli, etc. Así, distintos representantes expusieron sus preocupaciones sobre cómo los proyectos hidreléctricos se siguen multiplicando en el Alto Bío Bío, Ralco, Palle, en Rucumei más al sur, en Curarrehue y Melipeuco, Pilmaquen, etc. Señalaron su preocupación por la expansión de la industria forestal y que se vean muy pocas voces de disidencia frente a una actividad dañina que tiene, según ellos, más 3 millones de hectáreas de plantación en estos momentos y quiere llegar a seis millones de hectáreas para el año 2025 reemplazando tierra agrícola, tierra para la soberanía alimentaria,

tierra para los espacios de vida, con todo el daño que significa eso. Manifestaron su preocupación por la expansión de la industria de la piscicultura vinculada a las salmoneras cordilleranas donde desde el origen de las aguas se comienza la contaminación a causa de este tipo de actividades; su preocupación al ver cómo están llegando las geotecnias a la zona cordillerana y lo vergonzoso que les resulta ver la situación de los vertederos y las plantas de tratamiento de aguas servidas que están emplazadas en tierra mapuche.

c. El Derecho a la consulta

El tema del Convenio 169 y el derecho a la consulta fue largamente debatido. Matias Abogabir, representante de gobierno, explicó en una sesión lo que ha hecho el gobierno en esta materia y su visión del tema. Así, se refirió al DS 124 del 2009 que regula provisoriamente la consulta y que se dictó sin consulta y sin considerar los estándares del Convenio 169 y las acciones que emprendió a este respecto el nuevo gobierno en orden a efectuar una consulta indígena que tiene por objetivo consultar tres temas importantes:

1. Los nuevos mecanismos de consulta y participación que reemplace la actual normativa;
2. Avanzar en una reforma constitucional que mencione a los pueblos indígenas en la Constitución y la creación de una nueva agencia de desarrollo; y
3. Un ente representativo nacional de los pueblos indígenas, un concejo de pueblos indígenas.

Esa consulta partió el año 2011 y ha sido objeto de una serie de observaciones de parte de las organizaciones indígenas, que no es del caso detallar en este informe pero que llevaron a que en septiembre del 2011 se hicieran cambios trascendentales al proceso. A pesar de lo anterior, el proceso ha continuado siendo objeto de muchas críticas de parte de organizaciones indígenas. Algunas plantean que no es necesario regular el convenio porque el convenio por si solo basta y otras críticas van hacia cómo se ha llevado el proceso de consulta, el cual, como señaló Juan Valeria Quilapán debe hacerse bajo metodologías apropiadas de conformidad a los estándares internacionales y a través de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Para los representantes mapuches, es fundamental desarrollar un proyecto político que tome en cuenta el derecho consuetudinario que tenga en vista la propia cultura e identidad de cada pueblo. Que libremente se pueda auto determinar a partir de ese proyecto. De allí que señalan que el DS 124 es ilegítimo y tiene su falla de origen pues en su generación los indígenas no tuvieron participación alguna.

El problema, señalan, es que, en palabras de ellos, no ha habido un aprendizaje. No puede haber una metodología adecuada para implementar el Convenio si no hay formación de los funcionarios públicos, no solo en CONADI sino otros funcionarios públicos que tienen que ver con la temática de los pueblos indígenas. No existiría una adecuación en términos de mayores capacidades

político-técnicas. Por otra parte, se señaló que no sólo hay problemas de capacitaciones técnicas sino el propio sistema político restringe el ejercicio efectivo de los derechos de participación y consulta contemplados en el Convenio 169. Como lo señalara Juan Valeria Quilapán, *Si nosotros decimos que queremos el ejercicio de derechos políticos, cómo ejercemos esos derechos políticos si el sistema político no lo permite y el sistema binominal no lo permite. Quizás alcanzando algunas concejalías o alcaldías a lo más pero llegar al Congreso Nacional e instalarse ahí es lo complejo. No hay una adecuación respecto del sistema electoral para los pueblos indígenas. Eso es una cuestión que tenemos presente y más adelante lo vamos a empezar a desarrollar y a demandar. Hay una baja capacidad de coordinación político institucional de los ministerios, de los servicios pero también entre el ejecutivo y el parlamento.* Se señaló la necesidad de desarrollar una política de diálogo con el poder legislativo, ejecutivo y otros actores políticos y se manifestó que resultaba esencial no sólo generar un mecanismo de consulta pero también instancias de representatividad porque son cuestiones que van de la mano. Una cosa es consolidar un mecanismo de consulta pero también es necesario consolidar y fortalecer a quienes se va a consultar. Se señaló a éste respecto que no puede la consejería de CONADI o algunos consejeros de CONADI tomar decisiones por todo un pueblo; el Convenio cambia la relación que existía anterior a él. La consejería ya no responde a la realidad de los pueblos, son los propios pueblos a través de sus autoridades representativas quienes tienen que ejercer ese derecho.

Los representantes mapuches que participaron en las sesiones denunciaron que hay una serie de medidas inconsultas, más allá del DS124. Así, por nombrar algunos, el reglamento del SEIA, la ley de pesca, los tribunales ambientales, la creación de las ADI, la licitación del litio, la creación del Ministerio de Desarrollo Social, el programa de educación intercultural bilingüe del Ministerio de Educación, los programas de CONADI, etc., etc. También denunciaron los diversos impactos generados por los proyectos de agroindustria, hidroeléctricas o extractivas como geotecnia y forestales y que se han efectuado sin consulta. María José Araya, integrante del Grupo de Derechos Colectivos incluso denunció que los comuneros que han reclamado sus derechos frente a las empresas han recibido amenazas y que muchos proyectos inician sus trabajos incluso antes de la aprobación ambiental. Denunció que además hay un resquebrajamiento del tejido social ya que las empresas no dialogan con las autoridades tradicionales sino se relacionan con algunos dirigentes, generando división, confrontación entre las familias, en fin, un daño irreparable en el tejido social.

Lorena Fries, directora del INDH informó que el Instituto está trabajando en el derecho a la consulta a los pueblos indígenas y que le ha planteado al mismo Presidente de la República sus críticas respecto al proceso. Señaló que el INDH cree firmemente que debieran haber dos tipos de consultas. Uno a nivel legislativo, y otro respecto de las medidas administrativas de gobierno en torno a temas que pudieran afectar a las comunidades indígenas. Estos procedimientos

deben ser establecidos previa consulta con los pueblos indígenas. En ese sentido, señaló que el INDH ha planteado que es mejor paralizar todos los trabajos que se estén haciendo en generación de ley que pudieran afectar a las comunidades.

d. La Ley antiterrorista y estándares internacionales

Como lo expresara el Lonko Osvaldo Millahual en la primera sesión de la Comisión, uno de los aspectos donde más se nota la discriminación hacia los mapuche es en la aplicación de la justicia en Chile, sobretodo en materia penal y particularmente en la aplicación de la ley antiterrorista. Efectivamente, la Comisión, al tratar este tema abordó la necesidad de modificar o derogar la Ley N°18.314 o Antiterrorista, por contraponerse con estándares internacionales en materia de derechos humanos. En el caso del juicio de Cañete, en sentencia del 3 de Junio de 2011, incluso se afirmó que el Ministerio Público hizo uso y se aprovechó de la Ley Antiterrorista para que después se condenara de acuerdo a las normas comunes, lo que está igualmente reñido con los estándares internacionales. La Ley Antiterrorista somete a las personas que están siendo procesadas por ella a una serie de perversiones en términos de garantías del debido proceso, tales como los testigos protegidos que no pueden ser contrainterrogados y con plazos que van más allá de los estándares internacionales de detención.

Jorge Contesse hizo una larga presentación sobre la aplicación de la ley antiterrorista en Chile a propósito de las reivindicaciones territoriales que comienzan de manera más específica con los acontecimientos de Lumaco de diciembre de 1997 pero que se remontan a los acontecimientos de 1992 cuando el gobierno del Presidente Patricio Aylwin convoca la aplicación de la ley de seguridad del Estado en contra de 140 personas de origen Mapuche, quienes fueron condenados por los delitos de ocupación ilegal y de asociación ilícita. El Estado, primero a través del Ministerio del Interior y posteriormente, cuando entra en vigencia la reforma procesal penal, a través del Ministerio Público entiende que la manera de hacer frente a los actos delictivos que se producen con ocasión de reclamaciones territoriales y reivindicaciones de derechos ancestrales que asisten a los pueblos indígenas debe hacerse por medio de una legislación extremadamente especial como es la legislación antiterrorista. Específicamente la ley 18314 del año 1984 dictada en el contexto de actos efectivamente de carácter extremista, incluso terrorista, en que el régimen de la dictadura militar entendió que debía preverse de un mecanismo legislativo para ello y que fue reformado al menos en tres ocasiones en los regímenes democráticos, es decir, entre 1990 y la última modificación en el año 2011. Esta legislación, explica Contesse, determina que ciertas conductas calificadas como delitos en la legislación común son calificadas de carácter terrorista bajo ciertos supuestos. La definición de terrorismo que tiene la ley es extremadamente vaga. Está abierta a interpretación, por lo tanto, incumple y lesiona el principio de tipicidad y el principio de legalidad. Esta manera en cómo la legislación chilena

califica las conductas como terroristas ha sido impugnado por diversos organismos nacionales e internacionales. Desde luego el Instituto Nacional de Derechos Humanos, numerosas organizaciones de la sociedad civil y en el ámbito internacional el Comité contra la Tortura, el Comité por la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité por los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Relator Especial de Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, todos ellos insistentemente han señalado que la definición que contiene el artículo primero es vaga e incumple estándares internacionales. Por otra parte, una vez que una conducta es calificada como terrorista se activa el mecanismo de la ley 18314 que establece reglas procesales propias tales como plazos de detención de hasta de 10 días y la obtención de pruebas a través del uso de testigos encubiertos. Estas normas tampoco cumplen los estándares internacionales sobre la materia. Así por ejemplo, □el uso de testigos sin rostro viola el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-ratificado por Chile-que garantiza a todo acusado el derecho "*a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*".

Por su parte, Jose Miguel Vivanco, Director Ejecutivo de la División de las Américas de Human Rights Watch indicó que en el clima social que se vive en Chile, hay que distinguir lo que son las demandas estudiantiles y el proceso social con la respuesta de tipo gubernamental como es la mantención y el restablecimiento del orden público. Lo que representa este proceso social, especialmente estudiantil, es un proceso que cuenta no sólo con legitimidad a nivel nacional, sino también ha generado una gran atención en el exterior. Ha sido sorpresa al enterarse de las deficiencias que el país presenta en estos ámbitos y las diferencias y la falta de oportunidades, que a pesar de los éxitos a nivel macro, sigue existiendo el tipo de sociedad donde se ha ido concentrando los recursos en pocos y la mayoría no ha visto los beneficios. Señaló que la aplicación indebida de la ley antiterrorista a delitos comunes contra la propiedad cometidos por activistas mapuches, como el incendio intencional, es un menoscabo al debido proceso. En septiembre de 2010, luego de que las Naciones Unidas y varios organismos regionales de derechos humanos manifestaran preocupación, el gobierno reformó la ley antiterrorista. Se reforzaron algunas garantías de debido proceso, como aquellas que permiten a abogados defensores interrogar a testigos de cargo de identidad reservada, y la prohibición de que se juzgue a menores en el marco de esta ley. No obstante, no se modificó la disposición legal sobre delitos contra la propiedad, y los fiscales continúan aplicando la ley a este tipo de delitos. La utilización de la ley antiterrorista para juzgar a los mapuches acusados de actos de violencia viola las obligaciones jurídicas de Chile de garantizar el respeto al legítimo derecho de todos, incluidos los mapuche, al debido proceso. Por otra parte se refirió a los casos de abusos policial contra los mapuche, los que no son propios de una sociedad democrática.

La legislación antiterrorista ha sido utilizada en distintos casos. Los más emblemáticos para citar algunos son el caso de los Lonkos Aniceto Norín y Pascual Pichún en el llamado caso Poluco-Pidenco y el caso de Víctor Ancalaf. Todos ellos están siendo hoy día conocidos por organismos internacionales y exponen a Chile a una nueva condena internacional. La Comisión Interamericana admitió estos casos porque vulnera garantías del debido proceso y no sería raro que en los próximos años Chile sea condenado, nuevamente, por no proteger los derechos de las personas que están siendo sometidos a un juicio penal. Finalmente, se abordó el tema de la última demanda interpuesta por los comuneros mapuche contra el Estado chileno ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

3. Recomendaciones

Sin duda alguna que las intervenciones de los invitados de la Comisión dan cuenta de la existencia de una demanda insatisfecha de parte del Pueblo Mapuche. El Estado no ha respondido, a pesar de los esfuerzos desplegados, a la demanda de derechos políticos y territoriales; la insistencia de los órganos de persecución estatal en invocar la legislación antiterrorista para determinar responsabilidades penales en actos de violencia en el marco del conflicto intercultural es percibida como una situación injusta y discriminatoria; el incumplimiento y la consecuente judicialización de algunas de las principales obligaciones que se derivan del Convenio 169 de la OIT agrava esta percepción; la ausencia de un marco normativo, tanto a nivel del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo, que permita al Estado cumplir con el deber de consulta y participación de conformidad a los estándares internacionales que rigen la materia es un anhelo que la gran mayoría de los representantes mapuche plantearon; finalmente un tema esencial es el tema del reconocimiento desde una perspectiva que respete los derechos colectivos e individuales del pueblo mapuche, lo que implica incorporar en las políticas públicas y diseños institucionales una aproximación que reconozca el pluralismo cultural asumiendo la diversidad de la sociedad chilena con el objeto de instaurar relaciones interculturales asentadas en el respeto y garantía de los derechos sin discriminación.

Tal como lo indicó el INDH en su Informe Anual del 2012³, lo anterior requiere que el Estado, en todos sus niveles, supere el ideario asimilacionista y asuma la vigencia actual de un marco normativo internacional vinculante del cual emanan obligaciones de respeto y garantía que consagran un nuevo paradigma en el relacionamiento con dichos pueblos, sobre la base del reconocimiento de derechos individuales y colectivos que en tanto pueblos les asiste.

³ Instituto Nacional de Derechos Humanos. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2012. Capítulo 2.

Al escuchar los diversos planteamientos que se formularon durante las cinco sesiones de la Comisión, hay algunos aspectos que parecen fundamentales resaltar. Un tema esencial es la percepción de que en buena parte de las políticas públicas hacia los pueblos indígenas éstos han sido tratados como objetos y no como sujetos de derecho. Resulta fundamental establecer diálogos más simétricos entre el pueblo mapuche y sus representantes y las autoridades de gobierno y del Poder Legislativo. No se trata de que, una vez más, las autoridades y el poder político modifiquen algunas leyes y adopten algunas medidas a favor de los indígenas sino que se requiere con urgencia un diálogo intercultural, en condiciones de igualdad.

Por otra parte, resulta muy importante entender que en la situación de conflicto que se vive hoy en la Araucanía todos son víctimas, todos están sufriendo la actual situación, no sólo los mapuche sino que también muchos chilenos que viven en ese territorio. Por lo tanto, el Estado debe hacerse responsable y buscar una solución a todos los involucrados.

Finalmente, relacionado con lo expuesto, se requiere justicia para que se genere paz. Justicia para quienes han sido víctimas de ataques incendiarios y otros actos de violencia en el marco de reclamaciones territoriales; justicia para quienes han sido objeto de violencia y abusos policiales al interior de sus comunidades; y también justicia para quienes han sido expulsados de sus tierras. Sin reparación, sin justicia la herida va a seguir abierta y no habrá paz.

En este contexto, la Comisión se permite formular las siguientes recomendaciones, agrupadas de acuerdo a los cuatro ejes temáticos reseñados anteriormente.

a. Discriminación y demanda por reconocimiento

Tal como lo consigna la Subcomisión Legislativa de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato⁴, *los pueblos originarios se encuentran mal situados desde el punto de vista del bienestar –se trata de pobres entre los pobres-; pero, a la vez, carecen de reconocimiento en el espacio de lo público –su cultura, considerada durante el siglo XIX como bárbara, hoy se le considera un*

⁴ La Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato fue creada por Decreto Presidencial durante el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos y estuvo integrada por distintos representantes de la sociedad chilena, quienes a su vez conformaron grupos de trabajo sobre materias diversas. El Grupo de Trabajo sobre Legislación e Institucionalidad estuvo conformado por Carlos Peña, Carlos Aldunate, José Aylwin, Milka Castro, Aroldo Cayún, Rodrigo Correa, Alfredo Chipana, Rodrigo Lillo, Oscar Mendoza, Salvador Millaleo, María del Rosario Salamanca, Lucas Sierra, Antonia Urrejola, Mylene Valenzuela y Nancy Yañez.

arcaísmo. La Subcomisión estima que el Nuevo Trato exige mejoras institucionales en ambas dimensiones, tanto en la dimensión del bienestar, como en la dimensión del reconocimiento. La Subcomisión estima, en general, que avanzar en el reconocimiento de lo indígena –sea que ese reconocimiento alcance a los pueblos o a los individuos que los integran- constituye un primer paso indispensable en la elaboración de políticas públicas que respeten la identidad de esos pueblos y la autonomía de quienes los integran.⁵

No es exagerado afirmar, como lo hace la Subcomisión, que en Chile hubo un intento sistemático y deliberado por asimilar a los pueblos indígenas. Ese intento formó parte de la conformación del Estado; el intento de las élites del XIX por conformar un público leal a la Nación (.....). El desarrollo del Estado Nacional en Chile es resultado de un proyecto político que -en conformidad a los ideales republicanos- tuvo por objeto erigir una comunidad sobre la cual fundar el universalismo de la ciudadanía. La “ceguera frente a la diferencia” que subyace a ese tipo de universalismo, se tradujo en la falta de reconocimiento y a veces en la negación de la identidad y la existencia de los pueblos originarios. La evidencia histórica que las subcomisiones histórica y jurídica han recogido, pone de manifiesto que la Nación chilena se constituyó sobre la base de asimilar – mediante la fuerza y la letra- a esos pueblos. No obstante ese intento, la evidencia parece mostrar que –a pesar de la aculturación que esos pueblos han experimentado- ellos mantienen una identidad colectiva que les interesa reivindicar. Siendo así, la base del Nuevo Trato debe ser el reconocimiento de esos pueblos. No parece creíble un Nuevo Trato que no modifique ese aspecto fundamental del Estado en Chile. En otras palabras, el punto de partida del Nuevo Trato debe ser aceptar y reconocer la existencia de culturas específicas.⁶

Chile no ha reconocido a nivel constitucional los derechos de los pueblos indígenas. Ello constituyó uno de los compromisos asumidos con dichos pueblos en el Acuerdo de Nueva Imperial (1989), y representó en el contexto de la transición democrática una de las demandas de carácter político de los pueblos indígenas. Avanzar hacia ello ha sido parte de las medidas anunciadas por diversas administraciones y fuente de recomendaciones formuladas por distintos órganos de control de tratados⁷, constituyendo uno de los temas en el Exámen Periódico Universal (2009)⁸.

⁵ Informe Final del Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad, En: INFORME DE LA COMISIÓN VERDAD HISTÓRICA Y NUEVO TRATO. INFORMES FINALES DE LOS GRUPOS DE TRABAJO. VOLUMEN 3 – ANEXO TOMO I. página 187. Versión entregada al Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar, el 28 de Octubre del 2003.

⁶ Idem

⁷ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/1/Add.105. 26 de noviembre de 2004. Párr. 13; Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. párr.14 letra a); Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/CHL/ CO/5. 17 Abril 2007, párr. 19; Comité para la Eliminación de Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/15-18. 7 de septiembre de 2009, párr. 16.

⁸ Comisión de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo.

En efecto, desde 1991 han ingresado al Congreso numerosos proyectos de reforma constitucional que abordan de distintas maneras la concesión de derechos políticos o el reconocimiento constitucional, ninguno de los cuales ha sido consultado ni ha prosperado. El esfuerzo por materializar dicha reforma se ha visto obstruido, entre otras causas, por la resistencia que genera el término “pueblos” y los temores a una eventual afectación a la naturaleza indivisible y unitaria del Estado chileno. Se trata de un tema que ha sido central en el debate legislativo y que se dio tempranamente al discutirse el proyecto de ley que finalmente culminó con la dictación de la Ley No 19.253 (Ley Indígena). Las mismas resistencias se expresaron a propósito de la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Uno de los últimos esfuerzos encaminados a lograr el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas fue la inclusión de la iniciativa de reforma constitucional que se tramita desde 2009 (fusión de dos propuestas presentadas respectivamente por el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet y por parlamentarios de las bancadas de la Alianza) en la llamada “Gran consulta indígena”. La actual administración buscaba someter a consulta, junto con el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la propuesta de nueva institucionalidad indígena y el mecanismo de la consulta. Este proceso finalmente se suspendió en septiembre de 2011, como consecuencia del rechazo que concitó el proceso entre organizaciones indígenas, de derechos humanos y en el Congreso Nacional.

Todas las iniciativas sin excepción han sido objeto de críticas por parte de estos actores porque, por una parte, han sido concebidas sin consulta previa ni participación de los propios interesados, y por otra, porque no reflejan los estándares internacionales fijados en el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. De esta manera, como la ha consignado el INDH, representa un desafío para los actores políticos y para el Estado establecer relaciones fundadas en el reconocimiento de la identidad indígena como sujeto colectivo de derechos. Como lo indicó el INDH en su Informe del 2012, avanzar en este debate, en el marco de un Estado centralizado y unitario, con las resistencias propias de todo poder consolidado a abrir nuevos espacios de deliberación política y compartir porciones de poder, no es tarea fácil. Se trata de un desafío que requiere discutir acerca de la distribución de poder que ostenta en exclusividad el propio Estado. No obstante los desafíos que ello entraña, el marco normativo internacional y la experiencia comparada ofrecen evidencia suficiente de que ello es factible, y aún más, requisito para avanzar cabalmente en el respeto y garantías de los demás derechos que a los pueblos indígenas les asisten. □

Recomendaciones:

La Comisión reitera al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo la necesidad de avanzar, previa consulta con los pueblos interesados, en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas.

Este Reconocimiento debe expresarse constitucionalmente, comprende un conjunto de derechos cuya titularidad corresponde a los Pueblos Indígenas y su finalidad es que ellos puedan vivir y desarrollarse de conformidad a sus propias identidades y sistemas culturales.

Tal como lo recomendó la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato⁹, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas debe contemplar los siguientes aspectos:

- a. Declare la existencia de los Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias.
- b. Declare que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligadas por una continuidad histórica.
- c. Establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros; y que
- d. En consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas, de conformidad a las propuestas que en este sentido se detallan más adelante.

De acuerdo a la evolución del derecho internacional y la práctica constitucional, una regla como la descrita permitiría sustentar políticas de discriminación positiva encaminadas a equiparar a los Pueblos Indígenas con el resto de la comunidad nacional. Se reitera sin embargo que es esencial que la norma sea consultada con los pueblos indígenas.

⁹ Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Segunda Parte: Propuestas Para un Nuevo Trato entre el Estado, los Pueblos Indígenas y la Sociedad Chilena. Versión entregada al Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar, el 28 de Octubre del 2003.

b. Tierras, territorios y recursos naturales

De conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia interamericana, Chile se ha obligado a establecer mecanismos, dentro de su ordenamiento jurídico, que permitan reconocer, restituir y proteger los derechos sobre tierras y recursos indígenas de ocupación ancestral.

Como pudo conocer la Comisión, es efectivo que en las últimas dos décadas, el Estado ha desarrollado acciones en orden a reparar la situación de despojo y usurpación de tierras de las que fueron objeto históricamente los pueblos indígenas en Chile. En este proceso un hito relevante lo constituyó la entrada en vigencia de la Ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y la formulación de una política de restitución y protección de aguas y tierras indígenas. A ello se suma el diseño e implementación de una política de restitución a cargo del Fondo de Tierras dependiente de CONADI (art. 20), que desde la fecha de su creación hasta el 2009 ha restituido un total de 657.520 ha, con una inversión de aproximadamente 292 millones de dólares¹⁰. Adicionalmente se ha implementado el Programa de Desarrollo Territorial Indígena dependiente del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP). A pesar de lo apuntado, la normativa nacional en esta materia tiene déficits que deben superarse. Así lo pudo constatar la Comisión a través de los planteamientos de los representantes mapuche. Por un lado, la restitución de tierras ancestrales ha sido del todo insuficiente en relación con la demanda histórica. Por otra parte, la explotación de los recursos naturales existentes en tierra indígena es un problema grave que debe ser enfrentado de conformidad a los estándares internacionales.

Recomendaciones:

1. Se recomienda reconocer, como lo hace el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13, la importancia especial que para los Pueblos Indígenas, sus culturas y valores espirituales reviste su relación con las tierras o territorios y los aspectos colectivos de dicha relación. En este ámbito, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato recomendó introducir modificaciones a lo dispuesto en la Ley 19.253, reemplazando la noción de Área de Desarrollo Indígena, por la de Territorio Indígena. Para la determinación de estos “Territorios Indígenas” se sugirió considerar los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 19.253, referidos a las Áreas de Desarrollo Indígena, esto es:
 - a. Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; Existencia de tierras de comunidades o individuos

¹⁰ Cifras indicadas en Informe Anual INDH 2012

- indígenas;
- b. Homogeneidad ecológica;
 - c. Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.
2. El Poder Ejecutivo y el Congreso deben avanzar en la generación de una legislación que establezca mecanismos que garanticen la restitución de las tierras tradicionales, según entiende por ellas el derecho internacional de los derechos humanos. En ese marco, y para el caso que dichas tierras estén inscritas a nombre de particulares, dicha legislación debe contemplar, entre otros mecanismos, las causales de expropiación que permitan la restitución eficaz de esas tierras indígenas con la correspondiente compensación a favor de terceros. Para el caso que esas tierras estén a nombre del fisco, la legislación debe contemplar el expreso reconocimiento de la propiedad indígena sobre ellas, determinando modos y plazos para su delimitación e inscripción a nombre de sus titulares indígenas, estableciendo garantías judiciales efectivas para su restitución, delimitación e inscripción. Adicionalmente, dicha legislación debe salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.
 3. Se recomienda iniciar una consulta con los pueblos indígenas en orden a establecer en la legislación nacional el derecho a participación en los beneficios sociales y económicos de las actividades productivas desarrolladas en tierras y territorios indígenas, tal como lo dispone el propio Convenio 169 de la OIT así como también los lineamientos del Banco Mundial (Política Operacional OP 4.10 y Normas de Procedimiento del Banco Mundial sobre Pueblos Indígenas BP 4.1062) para proyectos de explotación de recursos naturales que afectan a Pueblos Indígenas y/o que se encuentren localizados en sus tierras y territorios.
 4. Se debe explicitar una regla que imponga la compensación para el caso de daños al ambiente y a la cultura provocados por terceros en tierras y territorios indígenas a consecuencia de la explotación de recursos naturales. Debiendo estipularse que en todos los proyectos que afectan a Pueblos Indígenas, los impactos adversos deben ser evitados, minimizados, y los beneficios compatibles con su cultura.

c. El Derecho a la consulta

El deber estatal de consultar previamente toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas representa uno de los principales desafíos para la implementación del Convenio 169 de la OIT. El objetivo principal del Convenio es garantizar que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en

los procesos que puedan afectarles directamente. Según los términos del Convenio, la consulta se considera una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos.

De conformidad al Convenio 169, se debe consultar a los pueblos indígenas antes de emprender cualquier programa de explotación de los recursos existentes en sus tierras. Dicha consulta debe hacerse a través de sus instituciones representativas y no a los individuos directamente. Asimismo, las consultas previstas en el Convenio deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. No se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio y las comunidades afectadas deberían participar incluso en la preparación de los estudios de impacto ambiental.

Tal como se señaló durante las sesiones de la Comisión, la dictación del DS 124 de Mideplan que reglamenta la consulta ha sido ampliamente criticada por todos los sectores ya que, en primer término, no fue consultada en su génesis ni tampoco cumple con los estándares del Convenio 169. La verdad es que este decreto no reglamenta la consulta del artículo 6 del Convenio sino que reglamenta el derecho a la participación que está previsto en la ley indígena y que tiene alcances mucho más limitados que aquellos del Convenio. En este contexto, en la práctica este decreto ha sido letra muerta, de allí que el actual Gobierno ha iniciado diversas iniciativas de consulta. En la actualidad está en marcha un proceso de consulta sobre el Reglamento de Consulta¹¹, texto que ha sido criticado no sólo por las organizaciones indígenas sino que también por el Relator James Anaya.¹² El Relator, si bien reconoce que es un avance el texto propuesto, indica que *resulta ineludible realizar ajustes y modificaciones al texto actual de la Propuesta, en vista de las normas internacionales en esta materia.*

¹¹ Propuesta de Gobierno para Nueva Normativa de Consulta y Participación Indígena de Conformidad a los Artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

¹² Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile. Noviembre de 2012

Además, es necesario avanzar en un proceso de diálogo y concertación con los pueblos indígenas de Chile del modo más amplio e inclusivo para la elaboración del texto final del Reglamento de Normativa de Consulta y del instrumento conexo de Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En efecto, en paralelo al Reglamento de Consulta existe el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el cual fue aprobado en mayo del 2012 por el Consejo de Ministros pero cuya consulta ha sido impugnada por las organizaciones indígenas. Por otra parte, el Ejecutivo ha insistido en enviar sin consulta proyectos legislativos que claramente tienen incidencia en los derechos de los pueblos indígenas. Y el Poder Legislativo ha acordado una Comisión Bicameral en diciembre del 2011 para establecer procesos de consulta respecto de aquellos proyectos de ley que así lo requieran pero la Comisión aún no opera¹³. Como pudo constatar la Comisión durante las sesiones, casos como el de la modificación de la Ley de Pesca dan cuenta de la necesidad de concretar a la brevedad un mecanismo permanente y adecuado en este nivel a los fines de cumplir con el deber de consulta.

Uno de los ámbitos que ha generado mayores controversias entre el Estado y los pueblos indígenas y particularmente con el pueblo mapuche es el de los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. Como lo consigna en su Informe Anual del 2012 el INDH, la propuesta gubernamental contradice los compromisos internacionales asumidos por el país, en la medida en que propone que estos proyectos sean sometidos a los procedimientos de consulta contemplados en la Ley 19.300 de Medio Ambiente y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que disminuye los estándares en esta materia.

La importancia del establecimiento de mecanismos de consulta y participación adecuados en esta materia es clave, en la medida en que existe una importante presión derivada de la necesidad de contar con nuevas fuentes energéticas en el país y el interés en la explotación de recursos naturales (hídricos, minerales, forestales y otros), emplazados en tierras y territorios indígenas. Tal como pudo constatar la Comisión, una fuente muy importante de los actuales conflictos entre las comunidades indígenas y el Estado tiene que ver precisamente con la ausencia de procesos de consulta para proyectos de inversión emplazados en territorio indígena. La experiencia comparada demuestra que se han producido numerosos conflictos sociales por no haberse consultado a las comunidades indígenas, y la solución de esos conflictos invariablemente ha estado ligada a la apertura de un diálogo con los pueblos indígenas y el logro de acuerdos.

¹³ La Comisión Bicameral se constituyó recientemente, en enero del 2013

Recomendaciones

La Comisión reitera que los Estados tienen la obligación general de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les pueden afectar directamente, particularmente en relación con la reglamentación legal de los procedimientos de consulta. Si bien la jurisprudencia interamericana y la práctica internacional han desarrollado los contenidos mínimos del deber estatal de consultar, no existe una fórmula única aplicable en todos los países para cumplir con este deber.¹⁴ Lo cierto es que se deben establecer mecanismos de consulta permanente que deben ser consensuados y deben reunir los estándares internacionales. De lo contrario, hay responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, en lo que respecta a Chile, ni la propuesta de Reglamento de la consulta ni el Borrador de Reglamento del SEIA cumplen con aquellos requisitos.

Junto con recordar la obligación de todos los poderes del Estado a garantizar la efectiva implementación del Convenio 169 de la OIT vigente desde 2009, en lo referido al derecho a la consulta y el derecho a participación de los pueblos indígenas, se recomienda al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo avanzar en la regulación que garantice el ejercicio de estos derechos. En tanto la normativa sobre consulta no se apruebe, todas las medidas legislativas y administrativas que afecten a los pueblos indígenas deben ser debidamente consultadas de acuerdo a dicho convenio.

Al Poder Legislativo se le recomienda acelerar la puesta en marcha de la Comisión Bicameral para establecer procesos de consulta respecto de aquellos proyectos de ley que puedan afectar a los pueblos indígenas.

Es fundamental, y la experiencia comparada lo ratifica, crear espacios de diálogo entre el Estado, las comunidades y las empresas; dotarlos de estabilidad, permanencia y recursos económicos necesarios. Es claro que mientras más participación, más legitimidad tiene el proceso. En este sentido, el tema de establecer espacios formales de diálogo que sean amplios, y multisectoriales es clave. La realización de la consulta previa y en general el cumplimiento de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT es un desafío que compromete organizaciones intergubernamentales, gobiernos, sector privado y organizaciones de la sociedad civil.

- a. En este sentido, se hace un llamamiento al Poder Ejecutivo a objeto de que establezca una acción coordinada y sistemática, garantizando

¹⁴ CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Op. cit. parr 300-302

la coherencia entre las diferentes instituciones gubernamentales que tienen responsabilidades frente a los pueblos indígenas. Asimismo se solicita que establezca un espacio formal de diálogo entre el Estado, representantes del Pueblo Mapuche y las empresas para establecer metodologías concertadas de consulta y reconocer la representatividad de las organizaciones indígenas. Se hace especial énfasis en lo importante que es respetar e implementar los acuerdos logrados en el marco de los espacios de diálogo mencionados.

- b. Se invita a las empresas que trabajan en zonas de alta densidad de población indígena que incorporen en su estructura institucional el conocimiento técnico permanente sobre los derechos de los pueblos indígenas, de manera que puedan respetarlos y garantizarlos en sus actividades. En particular, las empresas deben profundizar su conocimiento sobre el derecho a la consulta previa, durante todas las etapas del proyecto, y sobre las características especiales del pueblo o pueblos respectivos.
- c. También las organizaciones indígenas y sus dirigentes tienen desafíos y deberes. Un tema central es dar a conocer sus formas de representación, para lograr un entendimiento con el Estado y con las empresas y el respeto de los acuerdos logrados con los representantes adecuados. Por otra parte, los representantes deben poder transmitir a la comunidad que representan, con claridad, transparencia y responsabilidad, los logros y beneficios alcanzados en los acuerdos con el Estado y con las empresas, para diseñar junto con la comunidad las medidas de implementación y distribución de los mismos. Resulta esencial mantener el diálogo con el Estado y con las empresas y buscar mecanismos de restablecimiento del mismo, si este se rompe.

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en los beneficios derivados de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales o de los planes de desarrollo o inversión en sus territorios. Este tema no sólo está señalado en el Convenio 169¹⁵, sino que también se ha incorporado en las políticas de las instituciones financieras internacionales en relación con los pueblos indígenas¹⁶. Los Estados tienen la obligación internacional de garantizar la participación de las comunidades indígenas en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos propuestos, a través de procedimientos apropiados. La determinación de los beneficiarios “*deberá*

¹⁵ Art 15.2 del Convenio 169 de la OIT

¹⁶ Banco Mundial, Política Operacional 4.10, párrs 18-19; BID, Política Operativa OP-765, pp. 5-6.

ser hecha en consulta con el pueblo [respectivo] y no unilateralmente por el Estado”¹⁷.

Actualmente existen numerosos proyectos de inversión que afectan al pueblo mapuche y que se han instaurado sin consulta previa. En este sentido, ya que la formulación misma de muchos proyectos de inversión se han hecho sin consulta, se sugiere al Gobierno y a las empresas involucradas, como un elemento esencial para generar confianzas, establecer un procedimiento de común acuerdo para concordar eventuales beneficios para aquellas comunidades que resultarán afectadas por los proyectos. No debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos y se debe señalar que el concepto de beneficios es diferente al de compensación por daños: el último proviene de la obligación del Estado y de las empresas de reparar a los pueblos indígenas afectados, mientras que el primero se refiere al derecho a obtener parte de los beneficios que reporten la prospección o explotación de los recursos naturales de sus tierras como propietarios de las mismas.

En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que *“[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”*.

- d. El Estado debe garantizar que no se emitia ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental para evaluar el posible daño o impacto que el proyecto pueda tener, así como asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.
- e. Los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar

¹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 25.

las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión.

La Comisión hace suya lo expuesto en el Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato¹⁸ en el sentido de la necesidad de complementar la actual institucionalidad vigente. Si bien valora los avances y logros alcanzados con la puesta en vigencia de la Ley 19.253 y el trabajo desarrollado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), la Comisión se ha formado la convicción que a objeto de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos colectivos y participatorios de los pueblos indígenas en general y del pueblo mapuche en particular, se requiere una nueva institucionalidad que permita canalizar la participación y consulta de los Pueblos Indígenas para el efectivo ejercicio de sus derechos. En este sentido, la Comisión hace suya las recomendaciones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato en orden a establecer un Consejo de Pueblos Indígenas; a debatir la creación de una entidad de investigación y promoción de los Pueblos Indígenas para dar a conocer la historia y realidad actual de los mismos; y en relación a la necesidad de instaurar mecanismos eficientes para el financiamiento de las políticas indígenas. Sin embargo, todas estas medidas deben ser previamente consultadas con los Pueblos Indígenas de conformidad a los estándares internacionales.

5. La Comisión también recoge la propuesta de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato en el sentido de que se garantice la participación de los Pueblos Indígenas en los órganos donde se forma la voluntad general de la nación, a través de la elección de senadores y diputados que representen sus intereses. Se recomienda llevar a cabo acciones tendientes a favorecer la participación y consulta de las instituciones e instancias organizativas propias de cada uno de los Pueblos Indígenas, en la discusión, formulación, ejecución y evaluación de leyes, políticas y programas de desarrollo o de cualquier otra naturaleza, que afecten sus culturas, instituciones, territorios y recursos.

d. La Ley antiterrorista y los estándares internacionales

La necesidad de reformar la ley antiterrorista (ley 18.314) como la recomendación de no aplicarla para procesar a individuos en casos vinculados con movimientos sociales mapuche, ha sido señalado por los Relatores Especiales sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, con motivo de sus visitas a Chile en

¹⁸ Op.cit

2003 y en 2009, por el Comité de Derechos Humanos (informe del 2007) y por el Comité Para la Eliminación de la Discriminación Racial (informe del 2009), entre otros órganos de control.

En agosto del 2011, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el Caso Norín Catrیمان y otros. En opinión de la CIDH *las víctimas fueron procesadas y condenadas con base en una normativa que adolece de una serie de ambigüedades que permitieron la calificación de las conductas imputadas como delitos terroristas tomando en consideración el origen étnico de las víctimas y su calidad de Lonkos, dirigentes o activistas del pueblo indígena Mapuche. Las autoridades judiciales chilenas que condenaron a las víctimas por delitos terroristas se basaron en una representación de un contexto denominado como el “conflicto Mapuche”, sin efectuar distinciones entre el contexto más general de reivindicaciones legítimas del pueblo indígena caracterizado por diversas formas de protesta social, y los actos de violencia que se han presentado por parte de ciertos grupos minoritarios en dicho contexto. De esta manera, la invocación de la pertenencia y/o vinculación de las víctimas al pueblo indígena Mapuche constituyó un acto de discriminación mediante el cual se criminalizó, al menos en parte, la protesta social de miembros del pueblo indígena Mapuche. Estos hechos afectaron la estructura social y la integridad cultural del pueblo en su conjunto.*

Tal como lo indica en su informe del 2011 el INDH, el Ministerio Público ha informado que entre los años 2010- 2011, 48 personas han sido sometidas al régimen procesal de la Ley Antiterrorista, 32 de las cuales están relacionadas o son integrantes del pueblo mapuche.

Luego de escuchar las exposiciones de abogados especialistas sobre el tema, la Comisión comparte lo expuesto por ellos en cuanto a que la actual Ley que determina y sanciona conductas terroristas merece un juicio de reproche en consideración a que mantiene una deficiente definición del delito de terrorismo que lesiona el principio de legalidad y tipicidad; en materia de garantías judiciales establece normas de excepción que afectan el derecho al debido proceso, y en su aplicación práctica se observa un patrón que violenta el principio de igualdad y no discriminación por su invocación preferente y selectiva a grupos discriminados de la sociedad. De esta manera, ni la normativa ni su aplicación se han ajustado al mandato constitucional, ni adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos vinculantes para el Estado de Chile.

Recomendaciones:

1. Introducir reformas a la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, constituye un imperativo que no puede ser soslayado por el Estado. La Comisión sugiere al Ejecutivo conformar un Grupo de Trabajo integrado por representantes del gobierno, del INDH y del Poder Legislativo, junto con abogados especialistas en la materia a objeto de tratar este tema a la brevedad y proponer un texto que modifique o sustituya la actual ley vigente. La reforma debe considerar las recomendaciones del sistema interamericano y de los órganos de tratados del sistema de Naciones Unidas, a fin de que se respete los principios de legalidad y tipicidad, incluidos la necesidad de dar plenas garantías a acceder en condiciones de igualdad y no discriminación a un debido, justo y racional proceso.
2. En cumplimiento a la obligación de respeto, mientras no se haga una adecuación de la normativa antiterrorista que esté conforme a los estándares internacionales, corresponde a los órganos del Estado abstenerse de invocar y/o aplicarla.
3. En consideración de tratarse de una legislación de excepción cuya sola invocación por parte del Ministerio Público entraña una disminución o rebaja de garantías, la Comisión reitera la recomendación que hiciera el INDH en su Informe Anual del 2011 en cuanto se restituya la facultad del juez de garantía con el objeto de calificar los hechos materia de la investigación como terroristas antes de proceder judicialmente en contra de un imputado. El control del Juez de Garantía sobre el mérito de los antecedentes que el fiscal aporta es un mecanismo de resguardo de los derechos constitucionales que coadyuva a evitar el uso discrecional.