

Demandas en torno a la profundización democrática



2

1. Seguridad democrática y derechos humanos
2. Derecho a la educación
3. Derechos de los pueblos indígenas

INTRODUCCIÓN



Tras 22 años desde la recuperación de la democracia, Chile asiste al desafío de atender demandas de diversos sectores para avanzar hacia una sociedad más plural, justa e igualitaria. La persistencia en 2012 de las manifestaciones y demandas sociales iniciadas en años anteriores evidencia que aún subsisten retos para el desarrollo democrático del país.

Para el Informe Anual 2012, el INDH ha puesto el énfasis en tres temas específicos que se mantienen en la coyuntura nacional y que representan para el Estado el deber pendiente de garantizar adecuadamente los derechos humanos. Estos temas se refieren a la seguridad democrática, el derecho a la educación y los derechos de los pueblos indígenas.

El INDH dedica, por primera vez un capítulo de su Informe Anual al análisis de la seguridad democrática, abordando la necesidad de conciliar el derecho a la seguridad y los derechos humanos en general, con las políticas públicas en este ámbito. Una serie de hechos ocurridos en 2012 vuelven a poner de manifiesto la importancia de que las políticas públicas de seguridad ciudadana y la mantención del orden público se ajusten a los estándares internacionales de derechos humanos. El capítulo analiza los hechos del año, estructurados en cuatro temas principales: la política criminal, las denuncias sobre violencia policial, la Ley Antiterrorista y la Ley de Seguridad del Estado.

Al igual que en 2011, el Informe Anual analiza el rol del Estado como garante del derecho a la educación. En este aspecto, el año 2012 estuvo marcado tanto por la continuidad de las movilizaciones estudiantiles como por la presentación por parte del gobierno de un conjunto de propuestas que buscan dar respuesta a algunas de las demandas por una mayor calidad en la educación. Esto incluyó proyectos de ley

para reformar la institucionalidad educativa, así como propuestas para aumentar los recursos públicos destinados al sistema educativo. El capítulo analiza si las acciones emprendidas en el período satisfacen los compromisos del Estado como garante del derecho a la educación, y se estructura en dos grandes temas: el rol de provisión y financiamiento de la educación y el rol de fiscalización y resguardo de derechos en la educación.

Por segundo año consecutivo, el INDH aborda la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Durante 2012 se mantuvieron las demandas de reivindicación de derechos políticos y territoriales, y ocurrieron diversos hechos de alta repercusión pública relacionados con el conflicto intercultural. Entre ellos, se pueden mencionar las denuncias por casos de violencia policial en la Región de La Araucanía, la invocación de la legislación antiterrorista y el desarrollo de nuevas huelgas de hambre sostenidas por personas indígenas privadas de libertad. El capítulo aborda las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la libre determinación, la participación y la consulta indígena, y la política de tierras y aguas.

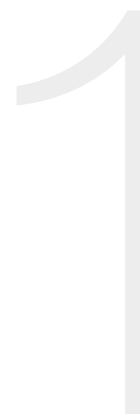
1

SEGURIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Leonardo Urrutia

SEGURIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS



ANTECEDENTES

Toda persona tiene derecho a la libertad personal y la seguridad individual. Garantizar este derecho obliga al Estado a adoptar políticas de seguridad ciudadana eficaces y eficientes a la vez que respetuosas de los derechos humanos. Combinar estos requisitos, acompañados de normas y prácticas institucionales acordes a los estándares internacionales de derechos humanos, constituye un desafío vigente en el país.

El derecho internacional de los derechos humanos se ha preocupado del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual desde sus inicios. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3) como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. I) señalan que todo ser humano “tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Posteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) estableció en su art. 7 que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

La Corte IDH ha entendido el derecho a la libertad personal y seguridad individual como “la libertad [para] hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable”¹. Asimismo, interpretando específicamente el art. 7 de la CADH antes citado,

la Corte IDH plantea que este “protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física”².

Por su parte, la Constitución reconoce el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual en su art. 19 N° 7, de lo que se deriva el derecho de toda persona a residir y permanecer en cualquier lugar de la República trasladándose de un lugar a otro, entrar y salir del territorio, no ser privado de la libertad salvo en los casos y la forma que señala la Constitución y la ley, la garantía referida a que solo un funcionario público expresamente facultado por ley puede arrestar o detener a una persona (salvo caso de delito flagrante), el estar detenido o arrestado en lugares destinados para ese fin, entre otros³.

El abordaje de las políticas públicas de seguridad ciudadana ha observado un cambio de paradigma en los últimos años, desde uno donde el objeto de resguardo y preocupación principal era el Estado –frente a lo que se percibía como la amenaza de un enemigo externo e interno– hacia otro donde el foco está puesto en la protección de la persona como titular de derechos. La perspectiva de derechos en el ámbito de la seguridad ciudadana requiere adaptar las

1 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párr. 53.

2 Ibidem.

3 Para más información revisar las garantías establecidas en el art. 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

políticas en base a este nuevo paradigma, lo que constituye una tarea no exenta de tensiones y desafíos, ya que en este ámbito muchas veces se suele percibir a los derechos humanos más como un obstáculo a la eficacia de las políticas que como una condición para su éxito.

Garantizar la eficacia y eficiencia de las políticas de seguridad ciudadana democrática así como la observancia de los derechos de todas las personas sin discriminación requiere sortear exitosamente algunos desafíos. Uno se refiere a la construcción del gobierno de la seguridad, es decir, de “la capacidad institucional por parte de las autoridades legítimas de diseñar, implementar y evaluar políticas de prevención y control de la violencia y el delito. En la región, históricamente estas responsabilidades fueron delegadas, en muchos casos informalmente, por el sistema político a las fuerzas de seguridad. Como consecuencia de esto, las decisiones sobre la seguridad de las personas y sus bienes respondieron primordialmente a los intereses de esas fuerzas, siendo asumidas con total autonomía del resto de las políticas públicas, y sin ningún tipo de control por parte de la ciudadanía” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pág. 31)⁴. Esto implica una arquitectura pública compleja, con la participación de diversos organismos públicos, de la comunidad, de organizaciones de la sociedad civil, y con la responsabilidad política de las autoridades ante el actuar de las Fuerzas de Orden y Seguridad que, en contextos democráticos, dependen y obedecen a dicha autoridad. Otro elemento radica en que las políticas se focalicen “en la construcción de mayores niveles de ciudadanía democrática, con la persona humana como objetivo central de las políticas a diferencia de la seguridad del Estado o el de determinado orden político” y que se evalúen desde la perspectiva del respeto y garantía de los derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, págs. 8 y 13). Poner a la persona en el centro de preocupación de las políticas de seguridad implica, además, que sus resultados beneficien a todas las personas sin discriminación. Una característica adicional del nuevo paradigma dice relación con el respeto y protección de los derechos fundamentales de

quienes integran las Fuerzas de Orden y Seguridad. Esto en tanto forma parte esencial de la política de seguridad democrática fomentar una cultura de derechos tanto hacia fuera como hacia el interior de las instituciones. Para generar una cultura de respeto a los derechos humanos por parte de los y las funcionarias, el Estado debe también respetar los derechos fundamentales de quienes forman parte de tales fuerzas.

De las dictaduras vividas en el pasado, los países han heredado una legislación y prácticas en materia de seguridad caracterizadas por otorgar campos amplios de arbitrariedad a la autoridad política y policial, con una concepción autoritaria de orden público, baja responsabilidad política por el actuar de las Fuerzas de Orden y Seguridad, un abusivo uso de la herramienta penal y una aplicación del aparato punitivo estatal que refuerza la exclusión de grupos vulnerados.

En este sentido, el INDH ha cuestionado la existencia en Chile de leyes, políticas y prácticas que responden a un modelo de seguridad ineficaz⁵ y a la vez riesgoso para el resguardo de los derechos de las personas, en vez de propugnar un modelo de seguridad ciudadana armónico con los derechos humanos, capaz de abordar de forma preventiva la complejidad de elementos (políticos, económicos, sociales, institucionales) involucrados en la violencia y la comisión de delitos, que en parte producen la sensación de inseguridad que se manifiesta en las encuestas de opinión pública.

Durante 2012, un conjunto de hechos han confirmado la necesidad de reflexionar sobre las políticas de seguridad ciudadana acorde a los estándares internacionales de derechos humanos. La invocación de la Ley de Seguridad del Estado por parte del Poder Ejecutivo durante las manifestaciones sociales en Aysén o de la Ley Antiterrorista en los casos “bombas” y Pitronello, las denuncias de hechos de violencia policial en el marco de las manifestaciones estudiantiles a lo largo del país y la continuidad del uso de la política de persecución penal del delito como herramienta privilegiada para la resolución de conflictos, todas ellas con dificultades

⁴ Ver también Víctor Abramovich. Condiciones para el gobierno político de la seguridad, en Seguridad Democrática y Derechos Humanos. 2012. Instituto Nacional de Derechos Humanos.

⁵ En este sentido, si bien según la Encuesta Nacional UIDP 2012 el tema de mayor preocupación para la ciudadanía es la delincuencia (33,6%), los estudios de Paz Ciudadana y Adimark de junio de 2012 muestran una concentración de la delincuencia en la revictimización, donde un 27,7% de la población es objeto del 90,6% de la cantidad total de robos, mientras que un 60,7% no ha sido víctima de delincuencia.

para obtener resultados satisfactorios en el mediano y largo plazo en el ámbito de la seguridad, son un ejemplo de esto. Estos hechos reúnen características que revelan una aproximación del Estado al ámbito de la seguridad ciudadana que no responde a una concepción de orden público como escenario democrático para el ejercicio de derechos fundamentales, ni acompaña el cambio que ha tenido lugar en la sociedad chilena, la que reclama cada vez con más claridad su derecho a participar en la profundización democrática del país. Para aportar a esta reflexión, en julio de 2012, el INDH en conjunto con el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del Mercosur, con el patrocinio de la Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, realizó el Seminario Internacional “Seguridad Democrática y Derechos Humanos”, donde se debatieron estos aspectos⁶.

Este capítulo analiza los hechos del año que dicen relación con la política criminal, las denuncias sobre violencia policial, la aplicación de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas, y la de la Ley de Seguridad del Estado.

LA POLÍTICA CRIMINAL

Parte fundamental del gobierno de la seguridad ciudadana democrática es contar con una política criminal acorde a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Esto implica, principalmente, una política respetuosa de los derechos que emanan del debido proceso, con un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria, con un sistema de información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia y, fundamentalmente, con una estrategia clara y esfuerzos sostenidos de reinserción social hacia quienes han delinquido.

En sus dos informes anuales anteriores, el INDH —a propósito de la situación carcelaria— ha planteado la necesidad de revisar la política de persecución del delito en Chile. Cómo un Estado concibe la política criminal es un pilar fundamen-

6 La publicación que contiene las ponencias de quienes participaron en el seminario está disponible en la página web del INDH, www.indh.cl

tal en un Estado de derecho democrático, principalmente porque implica responder para qué reservará el uso de la herramienta penal. Una política criminal construida en base al aumento de penas, a la tipificación amplia y ambigua de delitos, y al aumento de las atribuciones de las Fuerzas de Orden y Seguridad, sin la existencia de mecanismos de control y límites democráticos, crea un campo de arbitrariedad para el Estado que ha llevado a denuncias de violencia policial, inhumanas tasas de hacinamiento carcelario, y tipificaciones amplias y vagas de delitos como en el caso de la Ley Antiterrorista. La Corte IDH ha planteado que “en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”⁷.

Los poderes colegisladores forman parte, en ocasiones, del sistema que alimenta el populismo penal. En 2011 se presentaron un total de 48 proyectos de ley cuyo objeto era aumentar las penas a delitos, incorporar nuevos agravantes penales o tipificar nuevos delitos en el ámbito de la seguridad ciudadana⁸. Por su parte, entre enero y octubre de 2012 se presentaron 37 proyectos de ley con las mismas características⁹. El origen de los proyectos de ley presentados en estos períodos (2011 y enero a octubre de 2012) da cuenta que este es un fenómeno transversal políticamente, ya que los mismos han sido presentados por legisladores de ambas alianzas y por el gobierno. En diferentes proyectos, la situación que se quiere agravar, tipificar o penalizar más

7 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177, párr. 76.

8 Los números de boletín de estos proyectos son: 8121-02; 8117-03; 8113-07; 8102-07; 8089-07; 8056-07; 8053-07; 8049-17; 8055-07; 8046-07; 8028-15; 8018-07; 8003-07; 7975-25; 7956-07; 7903-07; 7895-25; 7881-07; 7858-07; 7844-07; 7816-04; 7823-06; 7806-07; 7801-07; 7797-06; 7780-07; 7752-15; 7756-07; 7743-07; 7734-11; 7712-07; 7698-15; 7689-07; 7665-07; 7652-15; 7640-07; 7630-07; 7620-07; 7613-15; 7606-07; 7586-25; 7522-07; 7509-07; 7481-07; 7410-07; 7407-07; 7406-07; y 7404-07. En 2011 se presentaron un total de 673 proyectos de ley.

9 Los números de boletín de estos proyectos son: 8460-25; 8471-07; 8407-07; 8420-25; 8403-25; 8379-07; 8358-07; 8290-06; 8256-07; 8257-07; 8223-25; 8216-07; 8204-07; 8186-18; 8166-07; 8168-15; 8171-15; 8175-03; 8155-01; 8144-12; 8491-07; 8495-07; 8498-11; 8518-18; 8531-06; 8539-07; 8541-15; 8553-07; 8557-06; 8576-11; 8579-25; 8580-25; 8598-25; 8609-07; 8612-02; 8634-06; y 8641-07. Hasta el 31 de octubre de 2012 se habían presentado 461 proyectos de Ley ante el Congreso Nacional.

duramente tiene directa relación con los conflictos sociales que se han vivido en Chile en el último tiempo. Por ejemplo, el proyecto de ley que pretende incorporar como nueva agravante de responsabilidad penal el robo de bienes de establecimientos educacionales (Boletín 8471-07); o el proyecto que plantea observaciones a la tipificación del delito de desórdenes públicos (Boletín 8420-25), o el proyecto de ley que pretende penalizar la interrupción vehicular con fines coactivos (Boletín 8223-25).

Uno de los proyectos más relevantes en que se cristaliza esta tendencia es el que busca fortalecer el resguardo del orden público. El INDH planteó que las disposiciones de este proyecto “podrían terminar siendo nocivas para el ejercicio del derecho a manifestarse” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a, p. 75). En primer lugar, el proyecto amplía el tipo penal de desórdenes públicos del art. 269 del Código Penal a todo acto de fuerza o violencia, con lo cual, “las diversas formas de expresión de la protesta social resultarían penalizadas y se mezclarían situaciones que hasta ahora no son delictivas, ni parece justificado que lo sean en tanto limitan peligrosamente con el ejercicio de derechos fundamentales, como la toma de un liceo o universidad, con otras situaciones que claramente constituyen delito, como los saqueos que hasta ahora están regulados a través del tipo penal de robo con fuerza en las cosas” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012d, pág. 21).

El proyecto además sanciona a quienes inciten, promuevan o fomenten los desórdenes, siempre y cuando estos hayan sido previstos por estas personas. Esto también fue observado por el INDH ya que “implicaría trasladar o compartir la responsabilidad respecto de la mantención del orden público a quienes convocan a manifestaciones y que corresponde a las fuerzas policiales en tanto garantes del orden público, incluidos por cierto el respeto y garantía de los derechos de todas las personas. Es más, se atribuye a los convocantes la responsabilidad respecto de eventuales actos de violencia en el marco de las manifestaciones, aun cuando no tengan ninguna relación o vínculo con ellas” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012d, pág. 22).

Finalmente, el proyecto tipifica el delito de toma de establecimientos y cortes de tránsito. En cuanto al primero, la tipificación exige la concurrencia de fuerza o de violencia, lo

que implica que “una manifestación que utilice algún grado de fuerza pero no la violencia puede ser una conducta típica, incluyéndose como delito manifestaciones que podrían estar amparadas por la libertad de reunión y expresión, como lo es una toma pacífica”. En cuanto al corte de tránsito, el proyecto exige que se impida o altere la libre circulación de vehículos o personas en lugares públicos. Así, “cualquier alteración del tránsito constituiría un delito aun cuando este no se desarrolle con violencia por parte de los manifestantes o personas que realicen esta acción” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012d, pág. 23). El debate parlamentario del proyecto de ley sobre resguardo del orden público debe enmarcarse dentro de los límites democráticos establecidos por estándares internacionales de derechos humanos, lo que implica el establecimiento de normativa que no restrinja ilegítimamente ni afectando en su esencia el derecho que se pretende regular, en este caso, la libertad de expresión y de reunión.

Durante 2012, instancias internacionales de derechos humanos también han planteado observaciones al proyecto. Relatores del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresaron su preocupación al Poder Ejecutivo porque el proyecto “pudiera resultar en restricciones excesivas de los derechos a la libertad de expresión y de reunión pacífica, y en la criminalización de las personas que ejerzan estos derechos. Asimismo, se expresa la preocupación que dichas medidas pudieran afectar el trabajo de los defensores de derechos humanos y periodistas”¹⁰. Por su parte, la Directora de Amnistía Internacional Chile, Ana Piquer, señaló que “transformar el ejercicio de derechos humanos en delito es probablemente una de las maneras más graves y directas de bloquear su ejercicio, lo cual iría en vulneración directa de los tratados de derechos humanos que el propio Estado de Chile ha ratificado” (Piquer, 2012).

Así, el populismo penal aleja la política criminal del que debe ser uno de sus objetivos principales en democracia: la resocialización de la persona infractora de la ley. Plantear la

10 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, mandato del Relator Especial para la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión; del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; y de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, 23 de enero de 2012, pág. 2.

respuesta penal en su nivel punitivo más alto no permite reflexionar sobre las soluciones diversas a situaciones fácticas que muchas veces requieren de otras instancias de solución y entendimiento. Una legislación de estas características se enmarca en una lógica binaria, donde sólo existen dos caminos para quien ejerce jurisdicción: la libertad o la privación de la misma para la persona imputada, lo que explica, en parte, el hacinamiento carcelario. Dentro de este escenario, se debe destacar la aprobación de dos leyes presentadas por el Poder Ejecutivo que flexibilizan el uso de la herramienta penal. En primer lugar, la Ley 20.588 sobre Indulto General que beneficia a un conjunto de personas privadas de libertad (mujeres, extranjeros y en salida controlada al medio libre) que cumplan con determinados requisitos y, en segundo lugar, la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216 que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad¹¹.

DENUNCIAS DE HECHOS DE VIOLENCIA POLICIAL

La concepción de orden público presente en las políticas de seguridad ciudadana actuales puede llegar a restringir ilegítimamente el ejercicio de derechos. Esto se manifiesta, entre otras cosas, en cómo el Estado usa la fuerza y para qué. En democracia, la fuerza que ejerce monopólicamente el Estado debe administrarse con criterios de necesidad, gradualidad y proporcionalidad, con el objeto de permitir el ejercicio de derechos y proteger a las personas en su seguridad individual. Al respecto la Corte IDH ha observado que “un incorrecto actuar de esos agentes estatales [fuerzas de orden y seguridad] en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida”¹².

11 Para un análisis detallado de estas leyes, ver capítulo sobre Derechos de las personas privadas de libertad en este mismo Informe Anual 2012.

12 Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C N° 229, párr. 70.

Aplicar los criterios de necesidad, gradualidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza legítima implica revisar críticamente las respuestas institucionales disponibles hasta el momento. El envío de fuerzas especiales a Freirina, Aysén o a La Araucanía como una de las respuestas principales al planteamiento de demandas sociales ha derivado en manifestantes y carabineros heridos, lo que no contribuiría a una mayor seguridad, ni necesaria u oportunamente a la construcción de un diálogo que permita canalizar demandas¹³.

En 2011, el INDH planteó su preocupación por el “uso represivo de las detenciones así como los abusos que durante las mismas han denunciado mujeres y niñas”, recomendando que Carabineros adecuara “sus Protocolos y prácticas durante las manifestaciones, a estándares de derechos humanos, especialmente en relación con la detención de personas” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a, págs. 76 y 271)¹⁴. Con el objetivo de profundizar el diagnóstico de la situación, a fines de 2011 el INDH creó el Programa de Derechos Humanos y Función Policial, en cuyo marco se elaboró un informe sobre la afectación de derechos en el contexto de movilizaciones.

Tras las observaciones a cuatro manifestaciones realizadas entre el 25 de agosto y 19 de octubre de 2011 en Santiago (dos de ellas autorizadas y dos no autorizadas por la Intendencia), el Informe da cuenta que “la actuación policial no distingue entre aquellas que ejercen pacíficamente su derecho a reunirse y expresar sus opiniones y aquellos grupos que utilizan acciones violentas en el marco de esas mismas manifestaciones”. Asimismo, “no se aprecia la aplicación de criterios de necesidad, gradualidad y proporcionalidad en el uso de los medios disuasivos por parte de Carabineros”, y se constata “la presencia de carabineros sin su debida identificación institucional”. El informe también reporta que “los buses y vehículos institucionales de Carabineros a los que

13 El INDH, mediante oficio N° 235, de fecha 8 de agosto de 2012, solicitó a Carabineros de Chile información sobre funcionarios heridos en el contexto de manifestaciones sociales. Con fecha 20 de agosto, mediante oficio N° 145, Carabineros respondió que enviaría la información, lo que hasta la fecha de cierre de este Informe Anual no ha ocurrido.

14 La consecuencia más dramática del actuar policial fue el homicidio de Manuel Gutiérrez, en agosto de 2011, por parte de personal policial, cuyo proceso se mantiene abierto ante la Justicia Militar por “violencias innecesarias”.

son conducidos transitoriamente los detenidos, constituyen un momento y espacio sin control ni supervisión”, y que no existen “protocolos y prácticas que contribuyan a disminuir los niveles de tensión que se producen por la falta de vínculo e información entre Carabineros y los familiares de los/las detenidos en las Comisarías”. Finalmente, se constató que “el tratamiento a los menores de 18 y los menores de 14 es contrario a la normativa vigente” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011b, p. 12 a 14).

Tras la recepción del Informe, Carabineros determinó la creación del Departamento de Derechos Humanos, lo que implica un paso en favor de la construcción de una cultura de derechos humanos. Junto con lo anterior, Carabineros comenzó la instalación de cámaras de video en los buses de detención, lo que constituye una medida de garantía y transparencia por parte de la Institución. En la misma línea de cooperación y colaboración y con el objetivo de evitar espacios de indefensión en los momentos de transporte de personas detenidas a las unidades policiales, a partir de septiembre de 2012 funcionarios y funcionarias del INDH pueden acceder a vehículos policiales donde se encuentren personas privadas de libertad. Esto fue posible a partir de un dictamen de la Contraloría General de la República, la que confirmó que el INDH es competente para ejercer esta facultad. Específicamente, la Contraloría resolvió, con alusión expresa al derecho internacional de los derechos humanos, que “corresponde entender que es procedente en derecho que el INDH comisione a los personeros que indica el precitado artículo 4º, inciso segundo, para que ingresen a cualquier lugar espacialmente limitado, que se encuentre a cargo de funcionarios públicos, en que pueda configurarse una privación de libertad, con la finalidad de obtener antecedentes necesarios para el cumplimiento de las atribuciones de dicha corporación, hipótesis normativa que concurre tratándose de vehículos policiales”¹⁵. Estas acciones del INDH tienen por finalidad contribuir a la transparencia del actuar policial y generar un incentivo para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

15 Contraloría General de la República. Dictamen N° 058070 sobre acceso de personeros del Instituto Nacional de Derechos Humanos a vehículos policiales. 21 de septiembre de 2012, pág. 4.

Durante 2012, las denuncias de violencia policial se han repetido en diversos contextos en el país, afectando principalmente a grupos vulnerados, como mujeres, niños, niñas y adolescentes y pueblos indígenas.

A comienzos de año, en la Región de Aysén, un movimiento ciudadano y regional –liderado por la Mesa Social por Aysén¹⁶– expresó un conjunto de demandas sociales a las autoridades con masivas movilizaciones en las calles de la región, ante lo cual el gobierno envió fuerzas especiales de Carabineros a la zona¹⁷. Esto provocó un conjunto de denuncias de violencia policial en el marco de tales manifestaciones, que llevaron al INDH a realizar dos misiones de observación, donde se recogieron testimonios de personas afectadas por estos hechos. El informe de la primera misión corroboró un “uso irregular y desproporcionado de escopetas antidisturbios, causando lesiones de diversa consideración en las personas entrevistadas, producto de perdigones o balines, lo que por la naturaleza de las heridas y los testimonios recabados, evidencian que estos están siendo disparados directamente al cuerpo y a muy corta distancia” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012a, p. 21). Asimismo, se constató que “algunos de los casos testimonios por el INDH reflejan un trato cruel y degradante que atenta contra la dignidad personal” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012a, p. 21).

El caso más extremo fue el de Teófilo Haro, mecánico de 49 años, quien el día 17 de febrero perdió su ojo derecho a causa de un perdigón. Según su relato, él no estaba participando de la movilización, pero al toparse con un funcionario de Carabineros este le disparó a menos de un metro de distancia (EFE, 2012). Según información otorgada por el Ministerio Público al INDH, este se declaró incompetente de investigar este caso, quedando el mismo en manos de

16 La Mesa Social por Aysén se constituyó en febrero de 2012 agrupando originalmente a un conjunto diverso de actores regionales como la Cámara de Comercio de Puerto Aysén, la Municipalidad de Aysén, la Federación Nacional de Trabajadores de la Salud, los Sindicatos de Taxis Colectivos, la Asociación de Empleados Municipales de Chile, el Sindicato de la Corporación Nacional Forestal, el Sindicato de Parado-centes de la Educación, el Sindicato de Leñeros Monreal, la Central Unitaria de Trabajadores, la Agrupación de Dueños de Camiones de Coyhaique, las uniones comunales de Coyhaique y Aysén, y organizaciones campesinas, de pescadores artesanales, de transportistas y adheridas al Movimiento Ciudadano Patagonia sin Represas, entre otras.

17 Del mismo modo el Poder Ejecutivo invocó la Ley de Seguridad del Estado, aspecto que es analizado en el punto IV de este capítulo.

la Justicia Militar (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012a, p. 8). Esto plantea nuevamente la preocupación por la intervención de la Justicia Militar; toda vez que la misma no asegura aspectos fundamentales del debido proceso, estando el Estado de Chile en mora de reformarlo (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, p.105; 2011a, p.95)¹⁸.

También en el sur de Chile se han reiterado los hechos de violencia policial en el contexto de las demandas mapuche. En enero, el INDH desarrolló una misión de observación en razón del video difundido en medios de comunicación y en las redes sociales, donde aparecen funcionarios de Carabineros agrediendo a dos mujeres mapuche frente a sus hijos. En reunión del INDH con organizaciones de derechos humanos de la zona¹⁹, éstas plantearon que pese a los anuncios de Carabineros por terminar con la violencia policial en la zona, se sigue administrando la fuerza policial de forma desmedida, lo que sumado a la no determinación de responsables de los hechos de violencia, crea un estado de impunidad (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012b, p. 5 y 6). Producto de estos hechos, el INDH presentó un Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco, la que estableció en su sentencia la arbitrariedad e ilegalidad del proceder de Carabineros, en razón que “las Policías en sus actos deben actuar con estricta sujeción a los derechos y garantías de las persona, tanto de aquellas que son objeto del actuar policial por encontrarse perpetrando hechos ilícitos, cuanto –y con mayor razón– respecto de terceros ajenos a los hechos; obligación que resulta más perentoria si se trata de niños –además de etnia mapuche–, como acontece en la especie; especialmente si las actuaciones en contra de las mujeres aludidas se hicieron en presencia de sus hijos, con lo cual naturalmente se produce a éstos una afectación o daño de carácter psíquico”²⁰. No obstante, posteriormen-

18 Producto del sumario que abrió Carabineros para investigar este hecho, se decidió dar de baja al Sub Oficial Héctor Saúl Aburto Castro de la dotación de la Subcomisaría de Fuerzas Especiales de Aysén. Carabineros de Chile, Orden de Sumario N° 3184 de 19 de febrero de 2012. Información remitida al INDH mediante Oficio ordinario N° 61, de 24 de abril de 2012.

19 Participaron en dicha reunión la Universidad Católica de Temuco (Cátedra Fray Bartolomé de las Casas), Centro de Investigación y Defensa Sur, CINPRODH, Fundación Instituto Indígena, Universidad La Frontera (Instituto de Estudios Indígenas), Observatorio Ciudadano y la Pastoral Indígena del Obispado de Temuco.

20 Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 127-2012. Sentencia de 12 de marzo de 2012. Considerando 3.

te la Corte Suprema revocó la sentencia estableciendo el voto de mayoría que “es dable concluir que Carabineros de Chile, al obrar como lo hizo [...] procedió resguardando, manteniendo y garantizando el orden público alterado”²¹. Por su parte, el voto disidente planteó confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco en razón que “se aprecian conforme a las razones simplemente lógicas y de experiencia, que se concluye que ha existido una perturbación o amenaza al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los niños”²².

Los allanamientos llevados a cabo por Carabineros en la zona también han sido objeto de crítica por parte de diversas organizaciones, en tanto las personas afectadas han sido principalmente mujeres, niños y niñas. A propósito de los allanamientos a la Comunidad de Temucucui ocurridos en abril, donde un adolescente de 16 años recibió disparos de perdigones, Unicef expresó “su preocupación frente a diversas denuncias sobre uso desproporcionado de la fuerza por parte de efectivos policiales, en procedimientos efectuados en comunidades mapuche, y por el impacto de los mismos sobre la integridad física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes” (Unicef, 2012). Posteriormente en agosto, también producto de desalojos llevados a cabo en la comunidad de Temucucui, dos adolescentes de 12 y 16 años, fueron heridos con perdigones en la espalda y pierna respectivamente. Esto provocó una declaración pública de la Comisión IDH, manifestando su preocupación por “las heridas sufridas por niños y niñas del pueblo indígena Mapuche en Chile, durante un desalojo realizado por efectivos policiales de Carabineros. La CIDH insta al Estado a investigar los hechos y sancionar a los responsables, y a adoptar medidas para evitar en el futuro el uso excesivo de la fuerza en estos operativos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) señala en su artículo 6 el derecho de todo niño y niña a la vida; por su parte, el artículo 37 establece la prohibición de que un niño o niña sea sometido a torturas ni a otros tratos o

21 Corte Suprema. Rol 2587-2012. Sentencia de 24 de mayo de 2012. Considerando 5.

22 *Ibidem*. Voto disidente de la ministra Sra. Sonia Araneda. Considerando 6.

penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, el actuar de las fuerzas de orden y seguridad debe enmarcarse en el respeto y protección de los derechos fundamentales, principalmente en cuanto a la integridad física y psíquica de niños, niñas y adolescentes.

Esto último ha sido remarcado por el Poder Judicial ante acciones presentadas por el INDH o en las que éste se ha hecho parte. La Corte de Apelaciones de Temuco, respecto de un operativo policial efectuado el 8 de diciembre de 2011 donde se detuvo a un niño de 12 años, concluyó que “las incursiones y operativos policiales en el interior de la Comunidad Temuicui constituyen hechos públicos y notorios que, si bien se encuentran legitimados formalmente mediante el cumplimiento de los requisitos impuestos por el Código Procesal Penal, motivan el legítimo cuestionamiento de este Tribunal respecto de la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo, y sitúan a Carabineros frente al riesgo permanente de vulnerar no sólo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT”²³. En virtud de lo anterior, la Corte de Apelaciones ordenó a la Prefectura de Carabineros Malleco a “efectuar los procedimientos policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente, absteniéndose, en lo sucesivo, de afectar los derechos fundamentales de las personas amparadas, teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad”²⁴.

En otro caso, respecto de un procedimiento policial en la Comunidad de Wente Winkul Mapu en el mes de junio, si bien la Corte de Apelaciones de Temuco resolvió que el actuar de Carabineros estuvo dentro del marco legal, de todos modos hizo el mismo llamado de atención a Carabineros que en la sentencia citada. Por su parte, la sentencia de apelación de la Corte Suprema fue más tajante al respecto,

23 Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 1136-2011. Sentencia de 21 de diciembre de 2011. Considerando 5. La sentencia fue confirmada posteriormente por la Corte Suprema, Rol 35-12, de cinco de enero de 2012. En otro caso, si bien la Corte de Apelaciones de Temuco, si bien resuelve que el actuar de Carabineros estuvo dentro del marco legal, de todos modos hace el mismo llamado de atención a Carabineros que en la sentencia citada.

24 *Ibidem*. Parte resolutive.

constatando “un uso excesivo, por parte del contingente policial, de la fuerza de las armas para dar cumplimiento a lo ordenado y que derivó en que para la detención de la persona buscada, hayan sufrido el rigor de dicha fuerza excesiva un grupo de comuneros mapuches que, reaccionando frente a dicha actividad policial, incluyendo ancianos, mujeres y menores de edad, se opusieron a tal acto de autoridad, los que por tal conducta sufrieron numerosas lesiones y varios de ellos además fueron detenidos”²⁵.

Hechos de violencia policial también han sido denunciados en el norte del país. Durante mayo se realizaron una serie de manifestaciones en la comuna de Freirina, Región de Atacama, a propósito de los malos olores expelidos por una planta faenadora de la empresa Agrosuper. Producto de las denuncias de violencia policial y afectación de otros derechos, el INDH desarrolló una misión de observación, la que en su informe final concluyó que “existió un uso irregular y desproporcionado de escopetas antidisturbios, causando lesiones de extrema gravedad en al menos una persona que participaba de la protesta social. En este sentido, se sugiere que se favorezcan todas las medidas que sean necesarias para averiguar las circunstancias de tal hecho a efectos que se puedan hacer efectivas las responsabilidades, que según sea el caso, correspondan”. Del mismo modo, “se corroboró que existió un uso indiscriminado de gases lacrimógenos y demás medios disuasivos por parte de la policía, alejándose con ello de los protocolos definidos por carabineros para el uso de estos instrumentos disuasivos. De igual manera se recabaron denuncias de golpes y amenazas a personas una vez detenidas” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012c, p. 35).

Finalmente, un problema preocupante es la agresión sexual denunciada por mujeres en el contexto de las manifestaciones de estudiantes secundarios y universitarios. Según Corporación Humanas, “este patrón se hace cada vez más frecuente y agravado. Ha habido varias denuncias en los últimos desalojos respecto a desnudez forzada y *tocaciones* indebidas. Tenemos casos judicializados respecto a casos de golpes en la vagina” (Corporación Humanas, 2012a).

25 Corte de Apelaciones de Temuco. Rol 449-2012. Sentencia de 5 de julio de 2012 y; Corte Suprema. Rol 5441-2012. Sentencia de 20 de julio de 2012. Considerando 4.

Asimismo, esta organización ha recibido más de 25 denuncias de violencia sexual policial por lo que se estaría frente a “un patrón de violencia sexual; no son casos aislados y eso nos preocupa. Nos preocupa que las autoridades a la fecha no han repudiado [la violencia sexual policial] como debiera hacerse en este tema al más alto nivel” (Corporación Humanas, 2012b).

En agosto, un grupo de estudiantes de Rancagua se manifestaba por la lentitud en la reconstrucción de su Liceo. Carabineros los detuvo y habrían sido obligados a desnudarse en la Comisaría. El General Director de Carabineros, Sr. Gustavo González Jure, expresó que “la ciudadanía tiene que estar completamente tranquila que nuestros procedimientos no pueden afectar la dignidad de los derechos de las personas y en ese sentido [...] nosotros somos los primeros encargados en sancionar o desvincular a los funcionarios de la institución y, segundo, dar cuenta a los tribunales de justicia de lo ocurrido” (Senado, 2012).

El INDH ha recibido denuncias que involucran a personal policial de diversas comisarías, mayoritariamente ocurridas en agosto. Así, el 14 de ese mes, en la Tercera Comisaría de Santiago, tres estudiantes y una apoderada fueron obligadas por una funcionaria de Carabineros a desnudarse frente a las demás detenidas. Con fecha 23 de agosto, en la 36ª Comisaría de La Florida, a una adolescente de 15 y a dos de 18 años las obligaron a levantarse la polera y el sostén, bajarse los calzones y hacer sentadillas. En la misma fecha, pero en la Comisaría de San Miguel, a 13 adolescentes se les obligó a desnudarse, pero las mujeres se negaron a entregar sus sostenes.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención “Belém do Pará”) reafirma la obligación del Estado en torno a “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia” (artículo 7), lo que implica “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (Artículo 7, letra b). La Comisión IDH ha establecido que “este deber comporta cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos y evitar la impunidad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

2007, p. 12). Sobre lo mismo, la Corte IDH señaló en el caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, que “ los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia”²⁶.

LEY QUE DETERMINA Y SANCIONA CONDUCTAS TERRORISTAS Y LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO

La persistencia por favorecer la persecución penal a través de la ley que sanciona conductas terroristas en los llamados casos “bombas”, “Pitronello”, y respecto de integrantes del pueblo mapuche en el contexto del conflicto intercultural, y la invocación de la Ley de Seguridad del Estado en el marco de las movilizaciones sociales desarrolladas en la Región de Aysén, reiteran la discusión respecto a la legitimidad y eficacia de un marco punitivo de excepción. Ambos cuerpos normativos hacen parte del denominado sistema penal especial, fundado en la consideración de situaciones o estados de hecho calificados por el ente persecutor como de ‘emergencia’, lo que justificaría la aplicación de estatutos jurídicos especiales que disminuyen los estándares comunes de persecución penal y hacen más gravosa la situación del sujeto objeto de la investigación y juicio. Este derecho designa una legislación y jurisdicción de excepción en relación al proceso, a la sanción y la ley aplicable. Esto genera una tensión entre el principio de estricta legalidad de los delitos

26 Corte IDH. Caso González y otras (“Campos Algodonero”) Vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 258.

y sus penas y la discrecionalidad que ofrece una regulación fundada en la descripción de conductas punibles abiertas y ambiguas.

La principal alteración a las normas comunes que ofrece este marco normativo dice relación con las garantías a un debido proceso. Este derecho exige que toda persona acusada de un hecho ilícito sea juzgada por un órgano cuya competencia se encuentre determinada por ley, independiente e imparcial, y que su actuación se ajuste a la observancia de las garantías procesales del debido proceso legal. Este derecho reclama igualmente que se respeten aspectos del derecho penal contemporáneo, como que toda conducta reprochada penalmente se encuentre claramente descrita en la ley, que se prohíba al juzgador la posibilidad de aplicar la ley penal a hechos anteriores a su entrada en vigencia, salvo que esta ley sea más favorable (irretroactividad de la ley penal) y que la determinación de la sanción responda a la conducta individual del presunto responsable. Todo ello se conoce hoy como el derecho a un juicio justo.

La celebración de juicios justos es fundamental, no solo desde la perspectiva de la protección de los derechos de la persona acusada, sino también para una recta administración de justicia, elemento esencial del Estado de Derecho. De esta manera, [l]a mejor garantía de eficacia del derecho penal –hasta donde puede exigírsele ésta– es el respeto de los derechos fundamentales. Su violación enturbia cualquier intervención penal, la desacredita, porque genera dudas sobre su corrección con el agravante de que fácilmente pueden derivar en impunidad ()– (Zaffaroni, 2009, pág. 184). Un juicio justo constituye una garantía de control sobre una política de seguridad ciudadana democrática, especialmente al momento de aplicar legislación excepcional que restringe derechos, donde el control permite eliminar toda duda de arbitrariedad y discrecionalidad en su aplicación.

LEY QUE DETERMINA Y SANCIONA CONDUCTAS TERRORISTAS

El INDH ha sostenido que la legislación antiterrorista representa una de las respuestas de mayor intensidad punitiva del sistema penal, y en el caso chileno, 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 (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a, p. 109). 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, lo que ha sido representado por los órganos de control de tratados, los sistemas especiales de Naciones Unidas y la Comisión IDH, todos los cuales han formulado un llamado al Estado en orden a respetar el derecho internacional de los derechos humanos en esta materia²⁷.

En cumplimiento a la obligación de respeto, mientras dicha adecuación no se verifique, corresponde a los órganos del Estado abstenerse de invocar y/o aplicar una norma que representa una afectación a los derechos humanos (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a). En consideración de tratarse de una legislación de excepción cuya sola invocación por parte del Ministerio Público entraña una disminución o rebaja de garantías, el INDH ha recomendado que se restituya la facultad del juez de garantía con el objeto de calificar los hechos materia de la investigación como terroristas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011a) antes de proceder judicialmente en contra de un imputado.

27 Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observaciones Finales: Chile, E/C.12/1/Add.105, 26 de noviembre de 2004, párrafo 34; Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007, párrafo 7; Comité contra la Tortura, Observaciones Finales: Chile, CAT/C/CHL/5, 14 de mayo de 2009, párrafo 23; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales: Chile, CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafo 15.; Anaya, James. Informe del Relator Especial Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párrafos 60 y 61.; Comisión IDH. Comisión IDH. Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y Otros Vs. OEA/Ser.L/V/II.140 Chile, 5 de noviembre de 2010. El caso se envió a la Corte IDH el 7 de agosto de 2011.

En el marco del seminario internacional²⁸ “Terrorismo y Estándares en Derechos Humanos” (noviembre de 2011), organizado por la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el INDH, el actual Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, señaló que “[l]a aplicación de [una] legislación excesivamente amplia en materia antiterrorista, o el abuso de tales leyes, también puede ser contraproducente y hacer que las medidas adoptadas por los Estados en la lucha contra el terrorismo sean ineficaces” (Emmerson, 2011, pág. 51).

Caso “bombas”²⁹

La colocación de artefactos explosivos, en el marco de un Estado de derecho merece el más absoluto repudio, y frente a hechos de esa naturaleza pesa la obligación del Estado de esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades penales que correspondan. Dicha acción debe darse en el marco del respeto a las obligaciones que en materia de derechos humanos tiene el Estado.

Desde 2006, en la Región Metropolitana tuvo lugar un conjunto de hechos que el Ministerio Público calificó de terroristas, constitutivos de la existencia de una asociación ilícita que perpetró “atentados contra el orden social establecido, las personas y la propiedad pública y privada”³⁰. En el marco de dichos hechos el Ministerio Público realizó una investigación. En la madrugada del sábado 14 de agosto de 2010, bajo la dirección del entonces fiscal Alejandro Peña, se llevó a cabo la denominada “Operación Salamandra” en la que resultaron detenidas 14 personas en Santiago y Valparaíso acusadas de asociación ilícita terrorista y colocación de ar-

tefactos explosivos en calidad de terroristas³¹. En promedio, la mayoría de estas personas estuvo en prisión preventiva por un período de ocho meses, recluidas en la Unidad Especial de Alta Seguridad (U.E.A.S) de la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago, con un régimen de encierro y riguroso asilamiento de 22 horas diarias.

El 4 de abril de 2011, luego de casi cinco años de investigación, el entonces Fiscal Regional formuló acusación a las personas detenidas. Dos días después renunció y asumió funciones en la Subsecretaría del Interior; parte querellante, y por lo tanto, interesada en el proceso. Ello, a lo menos formalmente pone en tensión el principio de objetividad con el que el Ministerio Público debe obrar y conforme al cual, los fiscales “[d]eberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o atenúen”³². Al respecto la Corte IDH ha sostenido que “[l]os fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado”³³. Este principio, denominado de la objetividad, se encuentra reñido con conductas que expresen parcialidad y falta de independencia en la investigación a cargo de un fiscal que, estando en pleno ejercicio de sus facultades legales, entra en negociaciones laborales con una de las partes del proceso.

28 Seminario Internacional: Terrorismo y Estándares en Derechos Humanos. 15 de noviembre de 2011, Santiago.

29 En las Sesiones N° 14 de 25 de octubre de 2010 y N° 35 de 14 de marzo de 2011, el Consejo del INDH dispuso se realizara observación del proceso penal RIT N° 6564-2010, RUC N° 1000636602-9 del 11 Juzgado de Garantía de San Miguel, RIT N° 3418-2007 RUC N° 0700277303-6, del 8 Juzgado de Garantía de Santiago, a fin de constatar eventuales violaciones al debido proceso.

30 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa RIT N° 138-2011. RUC N° 0700277303-6. 13 de julio de 2012. Considerando Segundo (Acusación Fiscal).

31 Representantes del Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, programa conjunto de la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y de la Organización Mundial contra la Tortura (OMT), denunciaron hechos de violencia desproporcionada en los procedimientos practicados.

32 Código Procesal Penal. Art. 77: “Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.” Por su parte, el art. 3° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público prescribe que “[E]n el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o atenúen”.

33 Corte de Apelaciones de Santiago. Reforma Procesal Penal N° 1159-2012 y N° 1164-2012. 15 de mayo de 2012.

Un conjunto de cuestionamientos emergieron en relación con este proceso y particularmente sobre la calidad de la investigación y el acompañamiento de pruebas orientadas más bien a perfilar la personalidad de los imputados que a la constatación de los hechos materia de la acusación. En el marco de la audiencia de preparación del juicio oral, un 60% de la prueba ofrecida por el Ministerio Público fue excluida por el 8° juzgado de Garantía de Santiago³⁴, lo que motivó que el Ministerio Público solicitara el sobreseimiento definitivo respecto del delito de asociación ilícita terrorista, que fue dictado por resolución de 4 de octubre de 2011, continuando el juicio con seis de los 14 acusados.

El juicio oral se inició el 28 de noviembre de 2011. Durante el transcurso del mismo tuvieron lugar diversos incidentes. Uno de ellos relacionado con la impugnación por supuesta imparcialidad a los integrantes del tribunal que estaban conociendo del caso. El 15 de mayo de 2012, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó por unanimidad la recusación³⁵ presentada por la Fiscalía Sur y el Ministerio del Interior. En la misma oportunidad condenó a la Fiscalía y al Ministerio del Interior a pagar las costas e impuso a ambos el pago de una multa.

Ante estos hechos, el 8 de mayo de 2012, a petición de 49 diputados, se constituyó la Comisión Especial Investigadora acerca de las actuaciones y responsabilidades de los organismos del gobierno en el denominado “caso bombas”, cuyos resultados están pendientes a la fecha de redacción del presente Informe.

El Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago³⁶, dictó sentencia unánime por la cual se absolvió de los cargos a los seis acusados por los dos únicos delitos en que quedó la acusación: colocación de artefactos explosivos en calidad de terroristas y financiamiento de asociación ilícita terrorista. La condena absolutoria constituyó un llamado de atención al Ministerio Público y querellantes particulares, por cuanto se entendió que no se acreditaron debidamente los hechos investigados ni las participaciones, y en el mar-

co del juicio se hizo uso de prueba de procedencia ilegal, incompleta y no pertinente. El Tribunal desestimó adicionalmente la calificación jurídica sostenida por el acusador; querellante particular y adherentes, al estimar que la finalidad o decisión subjetiva terrorista no fue acreditada³⁷.

Igualmente calificó la investigación seguida por el Ministerio Público como incompleta y revestida de un sesgo de parcialidad, “[c]onsiderando que sólo fueron perseguidos por estos hechos personas habitantes en las denominadas casas ocupa y a quienes se les atribuyó la adhesión a la corriente insurreccionalista del anarquismo, en circunstancias que se demostró en el juicio, que dentro de estos inmuebles no sólo habitaban seguidores de la corriente anarquista, sino otros que propugnaban idearios diversos; y que además, realizaban actividades sociales y de educación, que incluso eran patrocinadas por la autoridad gubernamental ()”³⁸. Advirtió, además, que respecto de a lo menos un acusado, una de las piezas principales de cargo³⁹, no se acreditó el cumplimiento de la garantía procesal que consiste en dar a conocer los derechos que a todo imputado/a corresponden (guardar silencio, contar con abogado defensor al momento de declarar), desechando de esta manera la declaración extrajudicial prestada por este individuo.

En materia de informes periciales, el Tribunal detectó irregularidades estimando que el desempeño de los peritos ofrecidos por el Ministerio Público “[c]onstituyen una infracción grave de sus obligaciones, y en particular, la de asumir la responsabilidad por sus actuaciones ()”⁴⁰. Finalmente, y respecto a estas irregularidades, ordenó remitir los antecedentes a la fiscalía Metropolitana Centro Norte, “[c]on el objeto que investigue la existencia de eventuales delitos, tales como falso testimonio prestado en causa criminal, obstrucción a la investigación, y otros, cometidos con ocasión de las declara-

34 8° juzgado de garantía de Santiago RUC N° 1000636602-9.

35 Corte de Apelaciones de Santiago. Reforma Procesal Penal N° 1159-2012 y N° 1164-2012. 15 de mayo de 2012.

36 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa R.I.T. N° 138-2011. R.U.C. N° 0700277303-6. 13 de julio de 2012

37 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa RIT N° 138-2011. RUC N° 0700277303-6. 13 de julio de 2012. Considerando Décimo Séptimo.

38 *Ibidem*.

39 Confesión extrajudicial del imputado Gustavo Fuentes Aliaga.

40 Entre estas irregularidades está la de aparecer firmando informes periciales presentados a juicio y a su nombre, sin que ello sea veraz. Se trata de informes evacuados por peritos del Laboratorio de Criminalística de Carabineros (LABOCAR) y Peritos de la PDI.

ciones que más arriba se han desestimado⁴¹. Además, como consecuencia del juicio, se condenó al Ministerio Público y adherentes al pago de las costas⁴², al no encontrar el tribunal fundamentos que permitiera eximirlos de este pago.

Ante esta sentencia, el Ministerio Público y el Ministerio del Interior recurrieron de nulidad ante la Corte Suprema argumentando, en parte, la infracción a garantías constitucionales⁴³ en las que habría incurrido el Tribunal Oral en lo Penal, como la lesión a las normas del debido proceso. La Corte Suprema, con fecha 10 de octubre de 2012, en fallo unánime desestimó acoger la petición de nulidad argumentando que las normas del debido proceso están establecidas y concebidas a favor de la persona⁴⁴. Por tanto, el Ministerio Público y el Ministerio del Interior son destinatarios de estas normas en cuanto sujetos responsables de garantizarlas y respetarlas mas no para favorecerse de aquello de lo que no es titular. De esta manera, y ante la evidencia que se trata de un derecho que pretende evitar el abuso del poder del Estado, es que se “ha sostenido también que el debido proceso no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino asegurar el respeto del más débil por otra parte de la potestad punitiva centralizada [...]”⁴⁵. Los derechos humanos, de los que hace parte el derecho a un debido proceso, dijo la Corte, “históricamente [...] fueron reconocidos, y si se quiere decir: declarados, para proteger a la persona de los excesos del Estado, cabe preguntarse cómo podríamos justificar que éste también es titular de los mismos, puesto que, con palabras de Luigi Ferrajoli, “se trata de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría”,

41 Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Causa RIT N° 138-2011. RUC N° 0700277303-6. 13 de julio de 2012. Considerando Vigésimo Quinto.

42 *Ibidem*.

43 Causal contemplada en el art. artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

44 Dicho aserto sostenido por los sentenciadores no es compartido por el Ministro Hugo Dolmestch en el sentido que tanto el Ministerio Público y el Ministerio del Interior gozan de legitimación activa para deducir la causal invocada.

45 Corte Suprema Sentencia Causa Rol N° 5654-12 de 10 de octubre de 2012, Considerando Décimo.

(Derechos Fundamentales, en Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, p. 38)⁴⁶.

Caso Pitronello

El segundo caso que genera debate en relación a la invocación de la ley que sanciona y determina conductas terroristas, cuyo fallo fue dictado por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, el 15 de agosto de 2012, es el “Caso Pitronello”⁴⁷. El Ministerio Público presentó una acusación por colocación de artefacto explosivo terrorista y utilización a sabiendas de placa patente falsa o que correspondan a otro vehículo.

Desestimando la calificación jurídica de acto terrorista por mayoría, el tribunal encuadró la conducta del imputado en el delito de posesión de bombas previsto en la Ley 17.798 sobre control de armas y del delito de daños sancionado en el artículo 487 del Código Penal⁴⁸. Fue condenado también por el delito de conducción a sabiendas de vehículo con placa patente que correspondía a otro, contemplado en ley 18.290 de Tránsito⁴⁹. Finalmente, por decisión de mayoría se concedió el beneficio alternativo de cumplimiento en libertad vigilada⁵⁰.

El fallo⁵¹ de mayoría pone en evidencia la diversidad de miradas en el debate público sobre cómo legislar y aplicar la normativa sobre terrorismo, lo que constituye un desafío para una política de seguridad ciudadana democrática. Así, la sentencia por mayoría planteó que los medios empleados,

46 Corte Suprema Sentencia Causa Rol N° 5654-12 de 10 de octubre de 2012, Considerando Décimo Primero.

47 El 01 de junio 2011 a las 02:25 de la madrugada, el acusado Luciano Pitronello Schuffeneger junto con un segundo sujeto a la fecha no individualizado, activó en las inmediaciones de una sucursal bancaria un artefacto explosivo casero, a consecuencia de lo cual resultó con diversas lesiones de consideración.

48 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RUC N° 1100557630-1; RIT N° 150-2012. 15 de agosto de 2012. Considerando Vigésimo Tercero.

49 *Ibidem*.

50 RUC N° 1100557630-1; RIT N° 150-2012. Considerando Vigésimo Octavo. Cabe consignar que, en voto disidente, el magistrado Antonio Ulloa Márquez no compartió la calificación jurídica que el tribunal efectuó coincidiendo con la atribuida por los acusadores (Considerando Vigésimo Noveno).

51 El 25 de agosto la Fiscalía Metropolitana Sur dedujo recurso de nulidad con el objetivo de dejar sin efecto la resolución que absolvió de delito terrorista y condenó a seis años de libertad vigilada al acusado, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago.

por sí solos, no constituyen un elemento del delito terrorista, y que solo lo sería en la medida en que dicho medio (en este caso colocar un artefacto explosivo casero) se oriente a la “finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”⁵². En esa perspectiva, el Tribunal razonó que el medio empleado en este caso, por su naturaleza y efectos, no era apto a los fines requeridos por la ley⁵³.

Adicionalmente, el fallo de mayoría argumentó que la ideología del acusado no podía ser considerada como parte de los factores a tener en cuenta para dar por probado el carácter de los hechos que se atribuían, ya que ello “constituye una argumentación inadmisibles [...] y contrario a un ordenamiento jurídico que sanciona conductas, mas no ideas ni formas de ser, ya que supone atender y estigmatizar tales líneas de pensamiento, más que los comportamientos que son el objeto de reproche penal”⁵⁴.

El voto de minoría, por el contrario, sostuvo que “[c]onsidera improcedente, por ser atentatorio al principio de legalidad y tipicidad, la recalificación sostenida [por el voto de mayoría], reiterando que en la especie la “colocación, activación y detonación”, están especialmente sancionados [en la ley que determina conductas terroristas], sosteniendo que no existe un tipo penal descrito en la Ley de Control de Armas que se ajuste a la conducta desplegada por el acusado Luciano Pitronello”⁵⁵.

Tanto en el caso “bombas” como en el caso Pitronello se evidencia una invocación de esta ley basada en supuestos que pueden ser discriminadores. En estos casos, tal discrimi-

minación estaría constituida por la apariencia o la ideología política de las personas imputadas, más allá de la verificación de si participaron en hechos delictuales concretos y si tales hechos ameritaban una calificación excepcional, como es la terrorista.

Resulta pertinente recordar la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos, que establece que “la presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado”⁵⁶, teniendo especialmente en cuenta que “la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el juez o una Corte sino también por otra autoridad pública”⁵⁷. Asimismo el Código Procesal Penal recoge este principio en su art. 4 al señalar que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Juicios seguidos contra comuneros mapuche

Otros casos en que se ha acudido a la legislación antiterrorista es a propósito de su aplicación a integrantes del pueblo mapuche, en el marco de las reivindicaciones por derechos políticos y territoriales. En estos casos se ha podido observar la disminución de garantías procesales, especialmente por el uso de testigos con identidad reservada para sustentar la acusación y posterior condena.

52 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RUC N° 1100557630-1; RIT N° 150-2012. 15 de agosto de 2012. Considerando Décimo Séptimo.

53 *Ibidem*.

54 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RUC N° 1100557630-1; RIT N° 150-2012. 15 de agosto de 2012. Considerando Vigésimo.

55 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. RUC N° 1100557630-1; RIT N° 150-2012. 15 de agosto de 2012. Voto de minoría sostenido por el magistrado Sr. Antonio Ulloa Márquez, quien no compartió la calificación jurídica que el tribunal por mayoría efectuó, coincidiendo con la atribuida por los acusadores. Fue del parecer, por tanto, de condenar al acusado señor Luciano Pitronello Schuffeneger, como autor ejecutor del delito de colocación, activación y detonación de un artefacto explosivo con finalidad y objetivo terrorista. Considerando Décimo Quinto “Improcedencia legal de recalifica los hechos establecidos en juicio”.

56 Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 32, párr. 30.

57 Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 159.

Este tema fue discutido en el transcurso del año a partir del denominado caso “Fundo Brasil”⁵⁸ donde se investigan, entre otros delitos, el de incendio terrorista. La jueza de Garantía de Temuco, en audiencia de cautela de garantías⁵⁹, resolvió a favor de la defensa de los mapuche imputados, con el objetivo de que el Ministerio Público proporcione bajo reserva la identificación completa de los testigos, en razón a cautelar el derecho al debido proceso y en atención a los principios de publicidad, transparencia e intermediación que rigen el proceso penal, además de la garantía constitucional de acceder a una defensa técnica. El Ministerio Público presentó un recurso de protección a favor de los testigos con identidad protegida, siendo rechazado por la Corte de Apelaciones de Temuco. El 28 de junio de 2012, la Corte Suprema⁶⁰ confirmó tal rechazo.

En el denominado caso “Peaje Quino”⁶¹ que involucra mapuches imputados, los Jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Angol⁶² absolviéron a todos los comuneros imputados por decisión unánime (24 de agosto de 2012). Inicialmente, la acusación fiscal persiguió entre otros delitos el de asociación ilícita terrorista. El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por su parte, sólo perseveró en las responsabilidades por delitos comunes, entre ellos el de homicidio reiterado en grado de frustrado. Cabe recordar que uno de los imputados en esta causa⁶³ fue parte de la extensa huelga de hambre que se extendió por 82 días, sostenida por 32 jóvenes mapuche en demanda de un juicio justo, y que mo-

58 De acuerdo a lo sostenido por el Ministerio Público, el día 11 de septiembre del año 2009, un grupo de sujetos armados, entre ellos los acusados, se trasladaron hasta el Fundo Brasil, comuna de Vilcún, donde luego de sustraer mediante intimidación una escopeta a los cuidadores del predio, incendiaron la casa patronal y otras dependencias destinadas a bodegas, las que resultaron quemadas.

59 En investigación RUC N° 0910021481-1, RIT N° 7218-2009 del Juzgado de Garantía de Temuco. El 15 de marzo de 2012 se llevó a efecto la audiencia en la que la defensa argumentó que la identidad de los testigos reservados ya era conocida de los defensores, pues fueron presentados en una causa en Victoria, y no observaban razones para insistir en la reserva de identidad, por cuanto las circunstancias son similares, accediéndose la petición de la defensa.

60 Corte Suprema. Rol N° 3065-2012. 28 de junio de 2012.

61 Entre la noche del 10 y la madrugada del 11 de octubre de 2011, un grupo aproximado de 15 personas asaltaron el peaje situado en el kilómetro 4 de la Ruta CH-181, que une Victoria y Curacautín, y quemaron un camión.

62 Tribunal Oral en lo Penal de Angol. RUC N° 0900969218-2 RIT N°: 58/2012.

63 Se trata del comunero mapuche Camilo Hipólito Toris Quiriñao.

tivó las modificaciones introducidas a la ley que determina y sanciona conductas terroristas (octubre de 2010), así como el compromiso del gobierno de desistirse de invocar dicha ley en los procesos abiertos hasta esa fecha.

La causa por el caso de “Peaje Quino” se siguió en contra de diez comuneros mapuche, dos de los cuales son menores de edad, por lo que se separaron las acusaciones⁶⁴. Por unanimidad, el Tribunal dictaminó que en virtud de la prueba rendida, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública no tenía fundamentos “[j]urídicos para efectuar un juicio de reproche, y que estos se estiman insuficientes para destruir la presunción de inocencia que ampara a los enjuiciados; por ende, deberán ser absueltos de la acusación deducida en su contra, porque nadie puede ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgare adquiera, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se ha cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido a los imputados una participación culpable y penada por la ley, convicción que el tribunal, en la especie no estuvo en condiciones de adquirir”⁶⁵. Los acusados pasaron entre cuatro y seis meses en prisión preventiva. El defensor penal público Jaime López señaló que “[e]ste caso se cae, más que por la ausencia de la Fiscalía, por la ausencia del testigo secreto, ya que efectivamente al quedar fuera su testimonio, casi no quedó prueba de cargo, lo que indica que el juicio completo descansaba en su testimonio. Dicho de otra forma, en más de dos años de investigación no se encontró prueba alguna que ratificara esa versión” (El Ciudadano, 2012).

LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO

En el tratamiento jurídico de los hechos ocurridos en la Región de Aysén a inicios de 2012, el gobierno decidió invocar la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado. Dicho cuerpo

64 En juicio seguido en contra de los adultos, durante la audiencia de preparación del juicio oral (realizada entre el 26 de marzo y el 9 de abril de 2012 en el Tribunal de Garantía de Victoria), se tuvo por no presentada la acusación del Ministerio Público pues sus abogados no subsanaron vicios formales que el Tribunal ordenó corregir. Ello generó que se presentaran una serie de recursos, todos los cuales fueron finalmente resueltos contra el Ministerio Público, el que quedó fuera del caso y la acusación sólo circunscrita a la investigación de hechos calificados a la luz de la ley penal ordinaria.

65 Veredicto Tribunal Oral en lo Penal de Angol. RUC N° 0900969218-2 RIT N°: 58/2012. pág. 1.

normativo ha sido objeto de debate acerca de su conformidad con los estándares de derechos humanos⁶⁶.

Los problemas que generan debate son, entre otros, que esta legislación eleva a categoría agravada figuras como los desórdenes públicos y otros ilícitos referidos tanto a la seguridad interna como externa. De esta manera, exagera la penalidad y el rigor de la sanción penal de manera especial, en circunstancias que el ordenamiento jurídico nacional referido al orden y la seguridad pública contempla un conjunto de disposiciones, y un vasto catálogo, particularmente en el Título VI Libro II del Código Penal denominado: "Crímenes y simples delitos contra del orden y la seguridad públicos cometidos por particulares". En relación a los desórdenes públicos estos se encuentran descritos y sancionados en el art. 269 del referido cuerpo legal.

En segundo lugar, este cuerpo legal lesiona las garantías judiciales básicas al contemplar tipos penales que contravienen los principios de legalidad y tipicidad. En este sentido, comparte con la ley que sanciona conductas terroristas descripciones de hechos punibles difíciles de interpretar y calificar jurídicamente como hechos efectivamente delictuales, por carecer las conductas sancionadas de la precisión requerida por la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. Es el caso, en el ámbito de la seguridad interior, de hechos como los de reunirse, concertarse o facilitar reuniones "[d]estinadas a proponer el derrocamiento del gobierno constituido o a conspirar contra su estabilidad" (art 4 letra c). En el ámbito de los delitos contra el orden público, el problema es que la legislación no define el concepto de orden público y tampoco aclara con nitidez el bien jurídico protegido⁶⁷. La legislación de Seguridad del Estado incurre en imprecisiones al sancionar con penas agravadas los delitos contra el orden público contemplados en el art. 6 de dicho cuerpo legal, entre los que se encuentran hechos diversos como: "a) Los que provocaren desórdenes o cual-

quier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública; y b) Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo, el nombre de la patria o el himno nacional".

En este marco, la invocación de la Ley de Seguridad del Estado entraña adicionalmente un adelantamiento de la punibilidad al establecer sanciones drásticas a conductas que ni siquiera están en estado consumado. Un ejemplo es el art 6 letra c) que sanciona por igual al que incite, promueva o fomenta, como al que destruya o inutilice o paralice "las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas [...]", y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos".

Finalmente ha de señalarse que quien se encuentra legitimado activamente para invocar la persecución penal para esta clase de delitos no es el Ministerio Público, sino fundamentalmente la autoridad política. De esta manera, y de conformidad al art. 26, las acciones penales descritas en la Ley de Seguridad del Estado sólo podrán "ser iniciadas por denuncia o querrela del Ministerio del Interior; del Intendente Regional respectivo o de la autoridad o persona afectada. [...] Si la autoridad afectada es alguna de las ramas del Congreso Nacional o la Corte Suprema, la denuncia o querrela a que se refiere el inciso anterior sólo podrá efectuarla o interponerla, en su caso, el Presidente de la respectiva Corporación". Igualmente, en todo tiempo, el Ministerio del Interior o el/la Intendente/a podrán desistirse de la denuncia o querrela lo que extinguirá la acción y la pena (art. 27). Se ha sostenido que ello "lleva aparejado un elemento de discrecionalidad que no se compadece con los requerimientos de la moderna doctrina penal" (Felipe González, 1991, p. 241).

66 Cabe recordar que, en relación al conflicto intercultural entre el Estado de Chile y los pueblos indígenas, el Comité DESC advirtió su profunda preocupación por la aplicación de leyes especiales, entre ellas, la ley de Seguridad del Estado. En ese contexto recomendó al Estado abstenerse de aplicar esta ley. Comité DESC. Observaciones finales. 26 de noviembre de 2004. E/C.12/1/Add.105, párrs. 14 y 34.

67 Ver el estudio de González, Felipe; Mera, Jorge y Vargas, Juan Enrique. Protección Democrática de la Seguridad del Estado. Estados de excepción y Derecho Penal Político, págs. 230 y siguientes.

Los antecedentes de esta norma dan cuenta de una conminación penal a actos de disidencia social y representa un resabio del derecho penal de enemigo⁶⁸. La concepción de seguridad interior del Estado y diversas figuras penales plasmadas en ella como las de penalizar el paro o la huelga de los servicios públicos, dan cuenta de lo señalado. Por lo mismo, la utilización de esta Ley suele constituir un mensaje de rechazo al diálogo y a la búsqueda pacífica y democrática de soluciones y puede generar un efecto silenciador en el resto de la población que quisiera plantear demandas similares.

Desde la recuperación de la democracia se ha persistido en invocar la Ley de Seguridad del Estado⁶⁹. Dicha invocación podría provocar tensiones para la garantía de derechos fundamentales en el marco de un Estado democrático de derecho.

68 En efecto, los antecedentes de este cuerpo normativo lo encontramos en la Ley N° 6.026, de 12 de enero de 1937, cuerpo legal que posteriormente fue modificada por la Ley N° 8.987, de septiembre de 1948, de Defensa Permanente de la Democracia, por la que se ilegalizó, proscribió y persiguió penalmente al Partido Comunista. El 6 de agosto de 1958 se deroga dicha ley y en su reemplazo se dicta la Ley N° 12.927, sobre seguridad del Estado, que considera y trata en forma sistemática y separada la seguridad exterior y la seguridad interior del Estado. Finalmente, con fecha 26 de agosto de 1975, se dicta el Decreto N° 890, del Ministerio del Interior, que procede a fijar el texto actualizado y refundido de la mencionada ley N° 12.927, a la fecha vigente. La última modificación fue la introducida por la Ley N° 20.477 (diciembre de 2010).

69 Esta ley se ha aplicado en democracia en 1999, a partir de la orden de incautar el libro “El libro negro de la Justicia Chilena” de la periodista Alejandra Matus que contenía críticas al entonces Ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán; dos años más tarde el entonces Comandante subrogante de aviación, Hernán Gabrielli Rojas, dedujo requerimiento por injurias y calumnias contra la autoridad, contra tres ciudadanos que afirmaban públicamente que el citado General estaba involucrado en crímenes de lesa humanidad (Flores, 2001). La causa fue cerrada a los pocos meses (Fasic, 2001). En el 2002, como consecuencia de una movilización del gremio de microbuseros que significó la paralización del transporte público, el ex presidente Ricardo Lagos interpuso una querrela persiguiendo responsabilidades de los dirigentes gremiales, en virtud de la responsabilidad que les cabría en los ilícitos de paralización e interrupción del transporte público e impedir el libre tránsito por las arterias de uso público. El Poder Ejecutivo invocó la ley en mayo de 2009, frente al paro de la asociación nacional de empleados penitenciarios que reivindicaban mejoras salariales y condiciones laborales. El gobierno dedujo en contra de los huelguistas requerimiento por Ley de Seguridad del Estado, por entorpecer el correcto funcionamiento de los servicios públicos (Muñoz, 2009). Finalmente, dicho cuerpo normativo ha sido aplicado a integrantes de pueblos indígenas en el marco del conflicto intercultural. Esto ha sido motivo de preocupación por parte de órganos de control de tratados, los que han formulado recomendaciones en orden a que el Estado se abstenga de no aplicar leyes especiales en el marco de las reclamaciones legítimas de los indígenas (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. E/C.12/1/Add.105. 26 de noviembre de 2004, párr. 14 y 34).

En el caso de Aysén, ante la violencia producida en el lugar, el 16 de marzo de 2012 el Ministro del Interior y Seguridad Pública invocó la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado en contra de 22 habitantes de Puerto Aysén, Villa Mañihuales, Lago Verde y Puerto Cisnes. En particular, se adjudicó a los querrelados responsabilidad por delitos contra el orden público, descritos y sancionados en el artículo 6 de la referida ley. De las siete hipótesis contempladas por la legislación para perpetrar dicho delito⁷⁰, el Ministerio del Interior invocó tres: provocar desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública; incitar, promover o fomentar; o de hecho interrumpir o dañar las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos; e incitar, promover o fomentar o de hecho y por cualquier medio, destruir, inutilizar o impedir el libre acceso a puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes (Art. 6 letras a, c y d Ley 12.927). Los hechos en los que se apoyó la acción penal fueron, entre otros, “múltiples, periódicos y sistemáticos desórdenes y actos de violencia destinados a alterar la tranquilidad pública de la región; se han destruido, inutilizado o impedido el libre acceso a puentes, calles, caminos y otros bienes de uso público de toda o gran parte de la mencionada zona geográfica. Producto de lo anterior, se ha interrumpido el funcionamiento de los servicios públicos o de utilidad pública y de las distintas actividades de salud, educación, industriales, comerciales, mineras, de turismo y de distribución de todos los productos en gran parte de la Región de Aysén, el cierre del comercio establecido; saqueos a inmuebles, la paralización completa del transporte público y seriamente restringido el transporte privado, bloqueos de las principales vías de acceso, el cese del flujo vehicular y peatonal [...]”⁷¹. Como lo señaló el Ministerio del Interior y Seguridad Pública a través de la querrela intentada,

70 Por ejemplo, ultrajar públicamente la bandera, el escudo, el nombre de la patria o el himno nacional es una de la hipótesis contemplada (letra b, art. 6 Ley N° 12.927).

71 Ministerio del Interior. Querrela por Ley sobre Seguridad del Estado, págs. 3 y 4.

“[e]stas situaciones se han ocasionado con ocasión de la instalación en la región del Movimiento Social por Aysén que pretende obtener demandas sociales y económicas por parte del Gobierno”⁷².

De acuerdo a los fundamentos expuestos por la autoridad, los querellados se exponían a penas que iban de tres a diez años de cárcel⁷³. No obstante, una vez reanudada la negociación con la Mesa Social por Aysén, el gobierno se desistió de perseverar en el ejercicio de esta norma, dictándose el sobreseimiento definitivo. Cabe destacar lo positivo de este desistimiento, no solo por favorecer el diálogo entre las partes, sino porque además el castigo judicial que buscaba el gobierno ante posibles delitos ya era posible de alcanzar utilizando otras figuras penales, sin existir la necesidad de recurrir a una normativa excepcional como la Ley de Seguridad del Estado.

72 Ministerio del Interior. Querrela por Ley sobre Seguridad del Estado, pág. 4.

73 Las penas asignadas varían de acuerdo a las hipótesis que se logren acreditar, los resultados de la acción criminal desplegada y el tiempo en que se cometan (Tiempo de Guerra o de paz) Cfr. art. 7, Ley N° 12.927.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (2012). Condiciones para el gobierno político de la seguridad. *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos*. Santiago.
- Arduino, I. (2012). Apuntes para el desarrollo de políticas públicas en materia de seguridad: Algunas experiencias a nivel nacional. *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos*. Santiago.
- Bustos, J. (1994). Manual de Derecho Penal. PPU Centro de Estudios Legales y Sociales y otros. *Más derechos, más seguridad. Más seguridad, más derechos*. Buenos Aires.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Washington DC. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2 de Agosto de 2012). CIDH condena heridas a niños y niñas mapuche en operativo policial en Chile. Washington DC.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Washington DC.
- Corporación Humanas. (28 de agosto de 2012b). *No son casos aislados y eso nos preocupa*.
- Corporación Humanas. (21 de agosto de 2012a). *Piden comisión investigadora por abusos sexuales de Carabineros a escolares*. Obtenido de www.humanas.cl
- Dammert, L. (2012). El populismo penal, ¿existe otro camino? *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos*. Santiago.
- Duce, M., & Riego, C. (2011). *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*. Santiago: Ediciones UDP.
- EFE. (2 de Marzo de 2012). Familia de aisenino Teófilo Haro se querrela contra Carabineros. *El Mostrador*.
- El Ciudadano. (27 de agosto de 2012). *Absuelven a todos los comuneros mapuche imputados por ataque a peaje Quino*. Recuperado el 2 de octubre de 2012, de <http://www.elciudadano.cl/2012/08/27/56486/absuelven-a-todos-los-comuneros-mapuche-imputados-por-ataque-a-peaje-quino/>

- Emmerson, B. (2011). Seminario Internacional Terrorismo y estándares en derechos humanos. Santiago.
- Fasic. (octubre de 2001). *Derechos Humanos en Chile*. Recuperado el 2 de octubre de 2012, de <http://www.fasic.org/bol/bol01/bol0110.htm>
- Felipe González, J. M. (1991). *Protección Democrática de la Seguridad del Estado. Estados de excepción y Derecho Penal político*. Santiago: Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Flores, L. (12 de febrero de 2001). *emol.com*. Recuperado el 2 de octubre de 2012, de <http://www.emol.com/noticias/todas/2001/02/12/45970/general-gabrielli-pide-aplicacion-de-ley-de-seguridad-interior-del-estado.html>
- Fuentes, C. (2011). Reflexiones sobre los determinantes políticos de la seguridad ciudadana. *Seguridad Ciudadana en América Latina*.
- Fundación Pro Acceso y Paz Ciudadana. (2012). *Acceso a la información pública y seguridad ciudadana en Chile*. Santiago.
- Garrido, M. (1997). *Derecho Penal, parte general*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. (2008). *Transparencia: ruta para la eficacia y legitimidad en la función social*. México DF.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011a). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012c). *Informe Misión de Observación a Freirina*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012a). *Informe Misión de Observación a Región de Aysén*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012b). *Informe Misión de Observación Región de la Araucanía*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011b). *Informe sobre Programa de Seguimiento y Registro de Abusos Policiales*. Santiago.
- Muñoz, D. (2009 de mayo de 2009). *emol.com*. Recuperado el 2 de octubre de 2012, de <http://www.emol.com/noticias/nacional/2009/05/19/358886/ante-paro-de-gendarmes-gobierno-se-querello-por-infraccion-a-ley-de-seguridad-del-estado.html>
- Piña, J. I. (2012). Dos caminos convergentes al despeñadero: Percepción social de inseguridad y fe irracional en las penas. *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos*. Santiago.
- Piquer, A. (2 de Agosto de 2012). *Por qué nos preocupa la "Ley Hinzpeter"*. Recuperado el 28 de Septiembre de 2012, de www.elmostrador.cl
- Senado. (30 de Agosto de 2012). *Comisión de DDHH y general director de Carabineros concuerdan en condenar detención irregular de menores en Rancagua*. Obtenido de http://www.senado.cl/prontus_galeria_noticias/site/artic/20120830/pags/20120830122841.html
- Tudela, P. (2012). Función policial y derechos humanos: Estándares, problemas y mejora continua. *Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos*. Santiago.
- Unicef. (24 de Abril de 2012). Declaración Pública Comunidad de Temucucui. Santiago.
- Vial, P. (2012). *Populismo penal hoy*. Seminario Internacional Seguridad Democrática y Derechos Humanos. Santiago.
- Zaffaroni, E. (2009). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

2

DERECHO A LA EDUCACIÓN



Fotografías: Enrique Cerda

DERECHO A LA EDUCACIÓN



ANTECEDENTES

La educación es el principal motor del desarrollo del país y factor clave de la movilidad social. Esto es parte de lo que recoge el debate público que se ha generado con las movilizaciones estudiantiles, sin embargo, y pese a su importancia, no existe consenso sobre cuál o cuáles son los problemas específicos que la afectan y tampoco lo hay sobre las soluciones que se requieren. Cualquier reforma de que sea objeto la educación en Chile requiere de una propuesta de largo plazo y fundada en amplios consensos, ya que sus resultados impactarán a generaciones del Chile futuro.

El ejercicio del derecho a educación y el rol del Estado en ella se inscriben dentro de un marco político institucional de configuración mixta en el que el Estado cumple una función subsidiaria. En efecto, a la debilidad en materia de reconocimiento constitucional de este derecho se agrega el rol pasivo de un Estado que, desde la década de los 80, se ha limitado al financiamiento de la provisión de servicios educacionales. El proceso de municipalización y el diseño del sistema de subvenciones, así como la fragmentación de las universidades del Estado y la proliferación de universidades privadas, hacen parte de dicho proceso que se consolidó durante los 90, con la regulación que permite el financiamiento compartido en la educación subvencionada y la generación de sistemas de crédito privado para el financiamiento de estudios superiores. Ambos procesos fueron desplazando la matrícula hacia el sector privado, con una reducción de la oferta de educación gratuita y una creciente segmentación y escalonamiento de la calidad educativa, a lo que se sumó una escasa regulación y fiscalización por parte del Estado.

Como el INDH señaló en el Informe Anual 2011, pese a que el ejercicio del derecho a la educación ha presentado

importantes avances dado que la población cuenta con más años de escolaridad y es cada vez menor el porcentaje de personas que no participa del sistema educativo, persiste como principal problema una situación de discriminación estructural. Los marcos normativos, así como los mecanismos administrativos y financieros que regulan la educación, se articulan de forma tal que el sistema segmenta a la población según su capacidad económica, generando una oferta diferenciada en calidad que refuerza las desigualdades de la sociedad chilena. Estos mecanismos son contrarios al principio de igualdad y no discriminación y solo algunos pueden ejercer su derecho a elección del tipo de educación que desean. Además, de este problema se derivan otros referidos a la calidad de la enseñanza, la disparidad de recursos disponibles para el aprendizaje, la homogeneización sociocultural de las aulas y las brechas de acceso que afectan a grupos tradicionalmente discriminados (INDH, 2011).

Tras más de un año de movilizaciones y negociaciones con el Gobierno, la demanda estudiantil de fortalecimiento de la educación pública deja en evidencia la crisis de la educación chilena y la necesidad de mayor protagonismo por parte del Estado para garantizar el acceso y ejercicio efectivo del derecho a educación.

Al respecto, el gobierno ha presentado un conjunto de proyectos de ley que buscan tanto reforzar la institucionalidad para velar por las condiciones de acceso y calidad de la educación, como medidas que incrementan los recursos públicos que se destinarán al financiamiento del sistema educacional en todos sus niveles.

Este capítulo analiza el rol que el Estado debe ejercer en tanto garante del derecho a educación, y las acciones

emprendidas en este último año para responder a las obligaciones que se derivan de las distintas dimensiones que conforman el derecho a educación.

NORMAS NACIONALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La educación es un derecho complejo, tanto por las múltiples dimensiones que lo componen, como por su rol sinérgico para el ejercicio de otros derechos (Preámbulo DUDH). Esto se ha hecho patente en Chile en estos últimos años, a raíz de las demandas planteadas por los movimientos estudiantiles y otras agrupaciones ciudadanas. El reclamo por más y mejor educación, con mayores garantías de acceso e igualdad, ha ido copando la agenda pública y ha abierto debates sobre el rol del Estado, particularmente en torno a su capacidad de actuar como garante de este derecho y la efectividad con que ejerce esa función.

Para analizar estas dimensiones del derecho a la educación y avanzar sobre los indicadores de resultado y sus estándares de contenido es necesario abordar con mayor detenimiento las obligaciones que adquirió el Estado en estas materias y las medidas que se ha comprometido a tomar para garantizarlo¹. En este sentido, es posible distinguir a lo menos tres tipos de obligaciones: a) garantizar el derecho a educarse, facilitando el acceso a y permanencia en los sistemas educativos formales; b) proteger la libertad de las familias para elegir la educación de sus hijos e hijas, permitiendo la existencia de una oferta educativa diferente a la estatal; c) garantizar igual calidad de la educación de todos y todas las estudiantes, independientemente del proveedor, velando por que esta educación cumpla con estándares mínimos de aprendizaje y de respeto del resto de los derechos humanos en los procesos educativos y en el funcionamiento de las instituciones educativas².

1 Para mayor información sobre los estándares internacionales, ver Informe Anual 2011 (INDH, 2011).

2 DUDH art. 26; ICESCR art. 13; CRC arts. 28 y 29; CDESCR Observación General N° 11 y 13; CRC Observación General N° 1; Informe de la Relatora Especial del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004; Informe del Relator Especial del derecho a educación, Sr. Vernor Muñoz, E/CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2004; OACDH (2006); OEA (2011).

Respecto a la primera garantía, los Estados deben brindar educación primaria universal, gratuita y obligatoria, y avanzar progresivamente a la gratuidad de la educación secundaria para generalizarla, así como de la educación superior para todas las personas que cuenten con las capacidades exigidas en este nivel de estudios³, eliminando los costos directos de la educación. Complementariamente, deben generar "sistemas adecuados de becas"⁴ para reducir o eliminar los costos indirectos de educación (transporte, útiles, uniforme, alimentación), así como "fomentar la igualdad de acceso a la educación de las personas procedentes de grupos desfavorecidos"⁵, con el fin de apoyar su permanencia en el sistema y reafirmar la igualdad de oportunidades para cursar exitosamente procesos educativos. Estas medidas refuerzan también los derechos de libertad de elección de padres, madres y tutores, al reducir las barreras económicas que limitan esa elección.

Estos compromisos en torno a proveer educación gratuita en la educación básica y avanzar progresivamente en esa lógica en los otros niveles de la educación, busca que el costo de la educación no sea transferido a las personas, dado que ello puede constituirse en un factor de discriminación y desnaturalizar la educación como derecho⁶. Del mismo modo, la consideración de la eficiencia del gasto público en materia de derechos humanos se orienta a garantizar que se dé protección al conjunto de derechos "hasta el máximo de recursos disponibles"⁷, siendo también una clave de la calidad de la educación (Unesco, 2007).

La combinación de las obligaciones, la de proveer educación gratuita y la de hacerlo hasta el máximo de recursos disponibles⁸, así como el resguardo de la educación como derecho evitando su consideración como propiedad privada

3 DUDH art. 26.1; ICESCR art. 13.2 c); CRC art. 28.1 c).

4 ICESCR art. 13, e); CDESCR OG N° 11, párr. 7.

5 CDESCR Observación General N° 13, párr. 26.

6 Informe de la Relatora Especial del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004.

7 Informe del Relator Especial del derecho a educación, Sr. Vernor Muñoz, E/C.12/2007/1, 19 de febrero de 2007.

8 CDESCR Observaciones Generales N°3, N°11 y N° 13; CDESCR E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007.

o derecho comercial⁹, no establece una prohibición directa del lucro en la educación, pero sí respecto al uso de los fondos del Estado. Esto implica distinguir entre los proveedores públicos, los privados sin fines de lucro y los privados con fines de lucro, a fin de establecer las obligaciones correspondientes.

Asimismo la garantía del derecho a educación implica que el Estado debe generar una oferta educacional pública – sin barreras de acceso y con igualdad de oportunidades para todas las personas–, y desarrollar un marco de regulación y fiscalización para la participación de privados que permita asegurar su prestación de acuerdo con los fines de la educación como derecho¹⁰. Esto implica velar por que la educación privada se oriente hacia la plenitud del desarrollo de la personalidad humana, el fomento de una cultura de respeto a los derechos humanos y una educación para la paz, y los mínimos de aprendizaje fijados por el Estado. Adicionalmente debe garantizar condiciones de igualdad y no discriminación, velando para que la libertad de enseñanza “no provoque disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad”¹¹, ni refuerce segregaciones en función del poder adquisitivo de las familias¹². Para poder cumplir con esa función debe generar “un sistema regulatorio eficiente y efectivo que incluya supervisión independiente y sanciones en caso de incumplimiento”¹³.

Chile ha recogido las obligaciones que imponen los instrumentos internacionales a través de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del reconocimiento constitucional del derecho a educación (arts. 19.10 y 19.11, y 5). Si bien ha asumido las obligaciones de promoción y financiamiento de la educación con parámetros claramente establecidos de duración

y gratuidad¹⁴, en lo que refiere a la protección del ejercicio de este derecho la situación está mucho menos definida. La Ley General de Educación (Ley 20.370) detalla algunos de estos deberes, al sostener que es obligación del Estado “velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras” (art. 4 inc. tercero y final), lo que se ve reforzado con el deber de “propender a asegurar una educación de calidad y procurar que ésta sea impartida a todos, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 6° inc. primero). No obstante, cuando estas condiciones no se cumplen, las personas solo pueden recurrir a medidas administrativas de reclamación dado que no se ha incorporado el derecho a educación en el catálogo de derechos justiciables señalados en el art. 20 de la Constitución.

EL ROL DEL ESTADO COMO GARANTE DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

EL ROL DE PROVISIÓN Y EL FINANCIAMIENTO DE LA EDUCACIÓN

En Chile la educación escolar es provista por un modelo mixto en que participan sostenedores municipales y privados, con y sin fines de lucro. Los que reciben aportes del Estado (subvención) por cada estudiante que asiste a esos establecimientos representan cerca del 92% del total de la matrícula escolar. En la educación superior, el 49% de la matrícula de entidades universitarias recibe aportes directos e indirectos del Estado, y en el caso de la educación técnica superior, esto ocurre en el 8,3% (OCDE, 2012).

La existencia de un modelo mixto es una estrategia válida que implementan los países para expandir las coberturas de sus sistemas educacionales. Desde una perspectiva de

9 Informes de la Relatora Especial del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski E/CN.4/2000/6, 1° de febrero de 2000 y E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004.

10 CESCR (1999), Observación General N° 1, 3 párr. 30.

11 *Ibidem*.

12 Informe de la Relatora Especial del Derecho a Educación, Sra. Katarina Tomasevski, *op. cit.*

13 OACDH, (2009), pág. 29.

14 La Constitución establece obligatoriedad de la educación básica y media, así como financiamiento de un sistema gratuito que cubra dos niveles de educación parvularia y los 12 de la educación escolar, cuya protección se extiende hasta que los y las estudiantes cumplan 21 años de edad; además de promover la educación en todos los niveles, incluyendo la educación superior, y consagrar la libertad de enseñanza.

derechos humanos, el problema aparece cuando esta expansión se hace sobre la base de ofertas no equivalentes en calidad, o cuando las diferencias obedecen a mecanismos de discriminación como la condición económica de los y las estudiantes y procesos de selección arbitrarios. Esto constituye una vulneración al principio de igualdad que debe garantizar el Estado y cuestiona en qué medida se está disponiendo de los recursos financieros, normativos y humanos adecuados o suficientes para prevenirlo o evitarlo. De hecho, un conjunto de recomendaciones de diversos Comités de tratados y de la relatoría especial del derecho a educación de las Naciones Unidas han planteado que en “todo proceso de descentralización o privatización, el gobierno conserve una responsabilidad y una capacidad definidas” respecto de las obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos, recomendando además evaluar los efectos de este tipo de modelos y el tipo de fiscalización que se requiere para evitar la ocurrencia de estas disparidades¹⁵.

Para el caso chileno, distintos estudios demuestran que los procesos educacionales y sus resultados están fuertemente relacionados con el nivel socioeconómico de los y las estudiantes (Drago y Paredes 2011; Valenzuela, Bellei y de los Ríos, 2008; McEwan, 2003; Tokman, 2002; Bravo et al. 1999; Carnoy, 1997). La educación municipal, la mayoría de las veces, no es de una calidad equivalente a la educación privada, y las subvenciones, becas y programas focalizados de recursos no logran compensar esta situación, siendo esta estrategia insuficiente para reducir las disparidades extremas entre ambos tipos de educación¹⁶.

Lo mismo ocurre con la garantía de acceso a procesos educativos de la población preescolar o con necesidades educativas especiales, en las que persisten dificultades —como las que da cuenta la encuesta Casen 2011— con la cobertura

preescolar¹⁷, o la carencia de aulas hospitalarias¹⁸, entre otras situaciones. Por lo mismo, hay evidencia que permite evaluar si el modelo de financiamiento subsidiado y que permite copagos es el que mejor garantiza la igualdad de oportunidades, y si los montos destinados son suficientes para garantizar procesos educacionales de calidad.

El problema que se detecta no es contingente, pese a su fuerte presencia en el debate actual, puesto que refiere a la configuración propia del sistema educacional chileno y los roles y atribuciones que el Estado ha definido para sí en materia de provisión, financiamiento y regulación de este sistema.

La respuesta del Estado en el último año ha ido en dos sentidos: por un lado, hacia el reforzamiento de la institucionalidad de fiscalización y el aumento de los recursos que destinará el sistema público a la educación, y por otro, hacia el reforzamiento del sistema de financiamiento que genera la brecha de oportunidades.

Institucionalidades garantes del derecho y fiscalización

El debate actual sobre educación ha conducido a analizar la necesidad de reforzar las atribuciones de la institucionalidad garante, en todos sus niveles, a través de la Superintendencia de Educación o mecanismos afines, explicitando sus marcos de actuación o fiscalización, de modo de asegurar la eficacia en la regulación de estos servicios delegados y con ello, los principios que resguarda el derecho a educación.

15 CRC (2002), A/59/41, párr. 45; CESCR (2009) op. cit.; Informes de la Relatora Especial del Derecho a la Educación, Sra. Katarina Tomasevski, E/CN.4/2000/6 del 1 de febrero de 2000, E/CN.4/2002/60/ Add.1, 17 de enero de 2002; y op. cit. 2004.

16 Esta evidencia fue analizada en el Informe Anual 2011, págs.57-61.

17 Según datos de la Casen 2011, el 44% de la población de 0 a 6 años asiste a alguna modalidad de educación parvularia. Sin embargo es necesario considerar que la asistencia de los niños y niñas de 0 a 2 años es de solo 17,2%, siendo el principal factor de ello la resistencia de las familias a integrarles tempranamente a establecimientos educacionales (aceptabilidad de la oferta). Por el contrario, la asistencia entre los y las estudiantes de 5 y 6 años está prácticamente universalizada (94%) y de quienes no asisten, el 25% alude a problemas de accesibilidad física y financiera, la que se eleva al 40% para los niños y niñas del primer quintil, pese a los deberes constitucionales de proveer y financiar los niveles de transición de la educación parvularia y a los programas sociales de acceso preferente para este segmento de la población, como Chile Crece Contigo (ley 20.379 del 12 de septiembre de 2009).

18 Corte de Apelaciones de Temuco: sentencia rol N° 408-2011, que establece que estando capacitado para estudiar, en iguales condiciones que adolescentes sanos, no ha recibido del Estado la educación que necesita, por la falta de dictación de un Reglamento, lo que es de absoluta responsabilidad del Ministerio de Educación, entidad que debía dar cumplimiento tanto a lo dispuesto por la Ley N° 20.422, como en la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad.

A partir de este año, con la entrada en vigencia de la Ley 20.529 sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización, el Ministerio de Educación cuenta formalmente con más facultades para resguardar los aspectos administrativos de la provisión de servicios educacionales y, en un plazo de tres años¹⁹, para fiscalizar también algunos aspectos sobre aprendizaje y convivencia escolar en función de estándares por definir²⁰. Esta normativa, que crea la Superintendencia de Educación y la Agencia de Calidad como organismos especializados en el cumplimiento de estas funciones, reconoce en el Ministerio de Educación al ente rector de ese sistema y el responsable de “fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades, propendiendo a asegurar la calidad y la equidad del sistema educativo; promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al primer y segundo nivel de transición de la educación parvularia; financiar un sistema gratuito destinado a garantizar el acceso de toda la población a la educación básica y media, generando las condiciones para la permanencia en las mismas de conformidad a la ley; promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz, y de estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística, la práctica del deporte y la protección y conservación del patrimonio cultural” (Ley 20.529 art. 111.1). Asimismo, le encarga velar por el cumplimiento de la normativa de aseguramiento de calidad y la aplicación de sanciones que establezca la Superintendencia,

funciones que debe desempeñar de manera directa mientras este organismo no entre en pleno funcionamiento²¹.

Además se encuentra en discusión parlamentaria un proyecto de ley sobre Superintendencia de Educación Superior (Boletín 8041-04), que tendría atribuciones afines en el marco administrativo de los servicios de este nivel educativo²².

El refuerzo de esta institucionalidad constituye un avance. Sin embargo, desde una perspectiva de derechos humanos, y específicamente en relación con situaciones que infrinjan el derecho a educación o las obligaciones de no discriminación, preocupan algunos aspectos en su aplicación. La normativa que regula la actuación de las instituciones fiscalizadoras ha sido interpretada como si debiera activarse solo frente a demandas y reclamos, pese a que esto se aplica exclusivamente a la legalidad del uso de los recursos en establecimientos particulares pagados²³. Así consta en la definición de funciones reconocidas por el MINEDUC para esta entidad y la difusión de su actuación 2012, en que señala como foco de las visitas de inspección los temas administrativos y de infraestructura, y define como inspección profunda la que pone atención a “temas sensibles como la asistencia, el estado de los profesores, la higiene, la seguridad del recinto y la rendición de cuentas” (Mineduc, 2012). Esta forma de operar no permite identificar situaciones de incumplimiento normativo que no hayan sido objeto de denuncia o reclamación, las que solo se activarían si los miembros de las comunidades educativas y universitarias

19 El artículo transitorio 2° de la Ley 20.529 establece que “El Ministerio de Educación tendrá un plazo de tres años, contado desde la entrada en vigencia de esta ley [27/08/2011], para presentar los estándares de aprendizaje, indicativos de desempeño y otros indicadores de calidad educativa al Consejo Nacional de Educación. Con todo, este plazo será de un año para presentar los estándares de aprendizaje de, a lo menos, uno de los cursos evaluados por el sistema nacional de medición.” A la fecha, no se han presentado ni aprobado estándares para ningún nivel educativo.

20 Esto refuerza las atribuciones de sanción que ya fijaba la Ley 20.370 (art. 10) ante faltas a leyes educacionales, o ante inadecuación o no respeto de reglamentos (como de la Ley de subvenciones DFL N° 2, art. 50).

21 Ley 20.370, art. 50 y transitorio 10°. Si bien la Superintendencia de Educación ha sido creada en virtud de la Ley 20.529, de 27 de agosto de 2011, su proceso de instalación aún se está desarrollando, y recién el 27 de junio de 2012, fue nombrada su máxima autoridad, por lo que hasta esa fecha el Ministerio de Educación mantuvo la responsabilidad por las obligaciones señaladas en la ley.

22 El sistema nacional de aseguramiento de la calidad generó una Superintendencia solo para la educación parvularia y escolar, por lo que no tiene atribuciones para situaciones que se registren en la educación superior.

23 Ley 20.529 art 48, establece el objetivo de la Superintendencia, como el de fiscalización del cumplimiento o ajustes a “la normativa educacional” de los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Precisa luego que “fiscalizará la legalidad del uso de los recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aporte estatal y, respecto de los sostenedores de los establecimientos particulares pagados, fiscalizará la referida legalidad sólo en caso de denuncia. Además, proporcionará información, en el ámbito de su competencia, a las comunidades educativas y otros usuarios e interesados, y atenderá las denuncias y reclamos de éstos, aplicando las sanciones que en cada caso corresponda”.

emprendieran acciones para la defensa de sus derechos una vez que estos hubieran sido vulnerados.

Además, la distinción entre denuncia y reclamo implica actuaciones distintas de la Superintendencia: la primera involucra la fiscalización y eventual sanción, la segunda contempla la mediación. Sin embargo, el mecanismo para distinguir entre demandas y reclamos es poco claro, dado que una misma situación puede dar lugar a ambos tipos de actuaciones de la Superintendencia, y no queda establecido quién determina la clasificación de la denuncia. Adicionalmente, se indica que para acoger una denuncia o tramitar un reclamo, la Superintendencia podría solicitar información previa para establecer “la conveniencia de iniciar un procedimiento sancionatorio o la respectiva mediación”²⁴.

Para el caso de las infracciones graves²⁵, el tipo de sanciones es definido en el proceso, pudiendo no guardar proporcionalidad con las sanciones establecidas como menos graves y leves. Esto no es menor; en tanto existen en la legislación contradicciones en la determinación de la gravedad de algunas infracciones. Es el caso del derecho a educación de las estudiantes embarazadas, protegidas por el art. 11 de la Ley General de Educación, derecho que de no ser respetado se sanciona con una multa máxima de 50 UTM, monto que equivale a una infracción leve, según el art. 50 de la misma ley. Sin embargo, la Ley de Subvenciones que es citada como fuente de establecimiento de sanciones califica el incumplimiento del resguardo de los derechos de las estudiantes embarazadas como menos grave.

24 Ley 20.259 art. 59.

25 EL DS N° 2 de 2010 establece como infracciones graves, entre otras situaciones, que los reglamentos internos carezcan de medidas que garanticen el debido proceso; que se hagan cobros no permitidos o que se obligue a pagar los que tienen carácter voluntario en establecimientos con subvención del Estado; que se hagan procesos de selección académica o económica de alumnos de 1° a 6° básico; no permitir la repitencia por primera vez en el establecimiento, además de la reiteración de infracciones que agravan situaciones consideradas menos graves, como no permitir o facilitar la continuidad de estudios de estudiantes embarazadas o madres, entre otros casos de vulneración de derechos y deberes establecidos en la normativa educacional (art. 80).

Adicionalmente, en los procesos de fiscalización efectuados en el presente año se registra una única sanción por infracción a esta normativa educacional, que fue tipificada como grave según reporta el Departamento de Fiscalizaciones de la Superintendencia. Por otra parte, el sistema de atención ciudadana del MINEDUC recibe anualmente unas 60 denuncias por igual infracción²⁶, sin que se haya generado un proceso de fiscalización para todos esos casos dado que aún el procedimiento es llevado por la Oficina de Ayuda MINEDUC, la que inicia procesos de mediación, y solo de no lograr resolución por esta vía deriva el caso a la Dirección Regional del Ministerio para que éste dirima si inicia un proceso ante la Superintendencia de Educación Escolar o pasa a proceso administrativo.

Por su parte, el Ministerio de Educación ha iniciado fiscalizaciones y aplicado sanciones a establecimientos educacionales por faltas administrativas en torno a la subvención escolar, y por algunos problemas graves de convivencia escolar (*bullying* o abusos sexuales)²⁷. En otras dimensiones no se observa una actuación equivalente, pese a contar con las atribuciones para ello, las que están contenidas en la Ley General de Educación (arts. 16 y 50) y en otros cuerpos legales menores²⁸. Particularmente en el caso de infracciones menos graves y graves, como las referidas a la selección discriminatoria, la expulsión o la no aplicación de garantías para estudiantes embarazadas, y la aplicación de sanciones

26 Se registran 66 casos en la bases de datos 2010 y en el primer semestre del 2011 se registraron 32 casos, y entre agosto de 2011 y agosto de 2012, se registraron 74 casos de discriminación por embarazo en la Oficina Atención Ciudadana del Mineduc.

27 Al crearse la Superintendencia de Educación Escolar, el gobierno señaló que desde 2009 se duplicó la cantidad de fiscalizaciones, llegando a cerca de 34 mil en 2011, principalmente relacionadas al uso de las subvenciones (Gobierno de Chile, Ministro Beyer nombra a primer Superintendente de Educación, Recuperado el 9 de octubre de <http://www.gob.cl/informa/2012/06/28/ministro-beyer-nombra-a-primero-superintendente-de-educacion.htm>). Con todo, según cifras entregadas al INDH por la Superintendencia de Educación Escolar, en 2012 se han realizado más de 9.700 fiscalizaciones, encontrando 3.400 infracciones graves. En igual período ha aplicado unas 2.900 sanciones, de las cuales 33 corresponden a revocación de reconocimiento oficial, 2 de privación de subvención y 3 de inhabilitación del sostenedor, todas aplicadas a sostenedores particulares subvencionados. El resto de las sanciones corresponden a multas, de las cuales 32% han sido aplicadas a establecimientos municipales.

28 Ley de Subvenciones (DFL N° 2 de 1998) y Reglamento de subvenciones (Dto. N° 8144 de 1980).

disciplinarias arbitrarias o desmedidas²⁹, esto debiese generar procesos de fiscalización por parte de la Superintendencia, y se ha obrado considerando algunas de estas situaciones –como la expulsión– como una controversia entre partes, limitándose a un rol de mediación³⁰ y sin proceder a la fiscalización –como lo han establecido los tribunales de justicia– bajo lo señalado en la ley 20.529³¹.

Respecto al tema del lucro en las instituciones de educación superior, la Cámara de Diputados acordó crear en julio de 2011 una Comisión Especial para investigar el financiamiento de la educación superior y esclarecer si era efectiva su existencia. El informe concluía que el Estado ha construido una normativa de escasa regulación para la operación de la educación superior y su financiamiento, haciéndolas recaer en el MINEDUC, entidad que no ha realizado su función fiscalizadora en esta materia en los treinta años de vigencia de la ley, ni ha dictado los reglamentos específicos que establecía el sistema de aseguramiento de la calidad (Cámara de Diputados, 2011, p. 354-364). Por lo tanto, teniendo el Estado una responsabilidad ineludible en esta situación, ha “transgredido los principios de calidad, equidad, responsabilidad, integración y transparencia, todos ellos inspiradores del sistema educativo chileno, según la Ley General de Educación” (Comisión Especial Cámara de Diputados, 2012, p. 358). El Informe fue rechazado en la Sala en junio de 2012, con 46 votos a favor, 45 en contra y una abstención, la que fue sumada como rechazo³². En paralelo al trabajo de dicha comisión, el 9 de abril de 2012, el MINEDUC solicitó información financiera a las universidades y procedió a sancionar a las 17 entidades que no contestaron (División de Educación Superior, 2012). En este contexto, el Ministro de dicha

29 La Ley 20.529 indica como grave el incumplir alguno de los requisitos de reconocimiento oficial (art.76 c), entre los que se cuenta el que los establecimientos educacionales cuenten con reglamentos internos y que éstos sean acordes a la normativa nacional. Así también en el numeral h) de este mismo artículo establece como graves todas las situaciones que la normativa educacional así contemple, particularmente la del DLF N°2 de 1998, de Subvenciones. En el artículo 6° de dicho cuerpo normativo se establece que los reglamentos escolares deben estar ajustados a la normativa nacional y que en el caso de las expulsiones debe regir el debido proceso. Si dichas situaciones no se cumplieren, se considerará infracción grave.

30 Ministerio de Educación, Of. N°392 del 11 de julio de 2012.

31 Base de datos de fiscalizaciones 2012. Departamento de Fiscalización de la Superintendencia de Educación Escolar.

32 El proyecto fue rechazado por no alcanzar la mayoría absoluta para su aprobación.

cartera enfatizó que “para alcanzar luego una transparencia total del sistema, requerimos la aprobación de la Superintendencia de Educación Superior, que va a ser una instancia que precisamente lo que busca es transparentar y fiscalizar” (División de Educación Superior, 2012 a).

Por su parte, la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente ha asumido un proceso investigativo sobre el lucro en las universidades, acogiendo la denuncia presentada ante la Fiscalía Nacional por parlamentarios de la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados en junio de 2012, proceso que aún se encuentra en curso³³.

En síntesis, los proyectos presentados por el Poder Ejecutivo representan un avance en el sentido que refuerzan la capacidad fiscalizadora del Estado y, por ende, su rol de garante del derecho a educación. Sin embargo, las escasas atribuciones para actuar por iniciativa propia en pro de la prevención de vulneraciones a este derecho que reconoce el MINEDUC y la predefinición de las situaciones atendibles para iniciar una fiscalización con que se ha iniciado el trabajo de la Superintendencia de Educación Escolar (Mineduc, 2012), debilita las posibilidades de garantizar el derecho a educación y la protección de derechos en los espacios educacionales y universitarios.

El rol del Estado en el financiamiento del derecho a la educación

Independientemente del sistema de provisión, los Estados mantienen su responsabilidad por el financiamiento de la educación³⁴. Este aspecto de las obligaciones de los Estados ha sido una constante preocupación del sistema de protección de derechos humanos, lo que ha quedado expresado en la conformación de grupos de trabajo y en diversos informes de los relatores especiales del derecho a educación³⁵.

33 La investigación denominada “caso lucro en las Universidades” está siendo desarrollada por la Fiscalía Oriente, Ñuñoa, y ha dado lugar a 8 tomos, referidas a cada institución investigada, con los RUC siguientes: 1200653250-9; 1200763278-7; 1200763208-6; 1200763227-2; 1200655762-5; 1200763318-k; 1200763175-6; 1200763146-2.

34 CRC (2002) op. cit; Informe del Relator Especial del Derecho a educación, Sr. Kishore Singh, A/66/269, 5 de agosto de 2011; y Declaración pública del 9 de septiembre de 2011.

35 Informes de los Relatores Especiales del Derecho a educación, Sra. Katarina Tomasevski, (2004) op cit; Sr. Vernor Muñoz E/CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2004; OADCH (2007) op cit; Informe del Relator Especial del Derecho a educación, Sr. Singh, ibídem.

El Sistema de Naciones Unidas en materia de protección del derecho a la educación ha analizado las barreras que enfrentan los Estados para avanzar en la implementación progresiva de gratuidad y ha llegado a estimar los montos básicos que debiesen procurarse para dar garantías mínimas para el resguardo de este derecho, fijándolo en torno al “6% del PIB o al 20% del presupuesto nacional y asegurar el uso eficiente de los recursos en función del costo”³⁶. El gasto público de Chile se ubica en torno al 3% o 4%³⁷, por lo que la exigencia de aumentar este gasto para permitir un funcionamiento permanente y adecuado de la oferta educativa tanto secundaria como superior (CONFECH, ASES Y CONES, 2012) es coherente con dichos parámetros.

Al respecto cabe recordar que la educación primaria o básica debe ser gratuita, como medida de aplicación inmediata, situación que haría inconveniente la aceptación del lucro en este nivel educativo (así como en el nivel secundario), considerando que se excluye en la educación superior. En este sentido parece razonable evaluar si un modelo educativo que permite el lucro es compatible con un uso eficiente de los recursos que el Estado debiese disponer para garantizar el conjunto de derechos de la ciudadanía, y respetar el principio de tomar medidas hasta el máximo de recursos disponibles³⁸. El debate legislativo incorporó el análisis de un proyecto que corrigiera esta omisión de la normativa educacional chilena que permite el lucro en la educación escolar, estableciendo su prohibición (Boletín N° 7.856-04). El proyecto de ley fue modificado por una indicación sustitutiva que condiciona el uso de los recursos públicos a destinarlos de manera íntegra y exclusiva al cumplimiento de fines educativos, por lo que permite mantener el lucro,

a través del financiamiento compartido y la declaración de costos administrativos³⁹.

El Gobierno ha aumentado las subvenciones escolares especiales y las de educación parvularia, ampliando el sistema de becas y créditos de la educación universitaria, y presentando tres proyectos de ley para modificar el sistema de financiamiento de la educación escolar y superior; dos de los cuales ya han sido aprobados como ley⁴⁰. Estas acciones son valorables por los potenciales efectos que tendrán en el acceso a educación superior de algunos sectores, y por la reducción en los endeudamientos que significarán para los y las estudiantes y sus familias.

Sin embargo, la configuración del sistema educacional chileno presenta una importante brecha que no logrará ser subsanada a partir de estas leyes, dado que tienen como efecto el fortalecimiento de la educación con financiamiento compartido y el acceso por medios crediticios, sin modificar la tendencia a la disminución de la oferta de educación gratuita que es responsabilidad del Estado, y profundizando la segmentación educativa⁴¹. Dicho en otras palabras, estas leyes supeditan la elección de acceso y la calidad de los servicios educacionales a las capacidades de pago de las familias, hecho que ha sido objetado en las Observaciones Generales de la Comisión de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes⁴² y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴³, así como en los informes de los relatores y las relatoras del derecho a educación⁴⁴.

36 Informe del Relator Especial del Derecho a educación, Sr. Singh, K. (2011) op cit., Nota 31.

37 Las cifras sobre el porcentaje del PIB que destina Chile varía entre las fuentes: Banco Mundial registra como última cifra la del año 2009 y es de 4,5%; Unesco (2011: 367), indica que en el año 2008 es de un 3,8%. Según el Panorama Educativo 2012 de la OCDE, Chile destina, considerando tanto el gasto público como privado en educación, el 6,8% y el cálculo del presupuesto devengado 2011, respecto a la asignación total de la cartera de educación para el mismo año, se sitúa en torno al 2,4%.

38 PIDESC art. 2.1; CDESCR OG N°3 y E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, párr. 8 y 10.

39 Entre los costos de uso permitido, está el arriendo de inmuebles y otros campos poco definidos como “Cualquier otra inversión o gasto que guarde directa relación con la mejora de la calidad del servicio educativo del establecimiento”, que han sido los principales mecanismos utilizados en la educación superior denunciados y estudiados por el MINEDUC, el Congreso y los tribunales.

40 Ley 20.634 otorga beneficios a deudores de crédito con garantía estatal. Ley 20. 630 Perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional y Proyecto de financiamiento de la educación superior (Boletín 8369-04).

41 Para un mayor detalle de este efecto de discriminación del sistema educacional, ver Informe Anual 2011, pp.56-61 (INDH, 2011).

42 CRC OG N°1, y CRC, A/59/41, párr. 45.23.

43 CDESCR, OG N°11, párr. 7 y CDESCR OG N°13, párrs. 14, 20, 35 y 59.

44 Informe de los Relatores Especiales de Derechos Humanos, Sra. Katarina Tomasevski, E/CN.4/2002/60/Add.1; y E/CN.4/2004/45, 25 de enero de 2004, párrs. 12-28; Sr. Vernor Muñoz E/CN.4/2005/50, 17 de diciembre de 2005, párr. 127; y Sr. Kishore Singh, K.) A/66/269, 5 de agosto de 2011, párr. 2

El proyecto de financiamiento de la educación superior (Boletín 8369-04), la ley sobre deudores de crédito con aval del Estado (Ley 20.634, 12 de octubre de 2012), y la ley de reforma tributaria con la que se espera financiarlo (Ley 20.630, 27 de septiembre de 2012) abordan la educación como un servicio de inversión privada o una inversión de capital humano⁴⁵, y fomentan facilidades de pago vía crédito o devoluciones sobre impuesto a la renta. Estos proyectos apuestan por la focalización de recursos por medio de becas, créditos y reducciones de impuestos, lo que cubre una parte de los costos directos (subvención de mensualidad escolar o aranceles de referencia) e indirectos (becas de alimentación, transporte y otros), pero no logran eliminar totalmente las barreras económicas que limitan el acceso y la permanencia en la educación escolar y superior. De este modo, mantienen el endeudamiento debido a que no cubren todos los costos⁴⁶, y generan condiciones diferentes de acceso según el aporte privado que las familias pueden asumir, con lo que el proyecto y las leyes recientemente aprobadas no logran resguardar el derecho a elección de la educación. Al respecto, un grupo transversal de especialistas, expertos internacionales y el movimiento Educación 2020 (Educación 2020, 2012) han señalado que esta propuesta de financiamiento por vía tributaria tendría efectos regresivos que aumentarían la segregación y la desigualdad educacional⁴⁷, mientras que Libertad y Desarrollo ha planteado sobre esta reforma tributaria y sus efectos que “la medida

45 Respecto a las diferencias que existen entre estos modelos de comprensión de la educación y la de derechos humanos, véase los Informes de la Relatora Especial del derecho a la Educación, Sra. Katarina Tomasevski E/CN.4/2000/6, párrs. 66-71, E/CN.4/2001/52, párr. 81; E/CN.4/2004/45, párr. 18-29 y 55-57.

46 Salazar. P. (2012, 9 de octubre) Nuevos aranceles de referencia: bajarán cobertura en carreras menos rentables. La Tercera. Recuperado el 11 de octubre de 2012, de <http://diario.latercera.com/2012/10/09/01/contenido/pais/31-120134-9-nuevos-aranceles-de-referencia-bajara-cobertura-en-carreras-menos-rentables.shtml>.

47 29 expertos de educación chilenos han entregado una evaluación sobre el proyecto de ley de reforma tributaria al Congreso y la opinión pública, manifestando las razones de su inconveniencia (www.cooperativa.cl/prontus_not/site/artic/20120811/asocfile/20120811125113/declaracion_publica_academicos_1.pdf), análisis que ha sido ratificado por el experto internacional Andy Hargreaves (Simonsen, E., 2012, 26 de agosto. “Andy Hargreaves: “Los países de alto desempeño tienen educación pública fuerte”. La Tercera. Recuperado el 9 de octubre de 2012 de <http://diario.latercera.com/2012/08/26/01/contenido/pais/31-116940-9-andy-hargreaves-los-paises-de-alto-desempeno-tienen-educacion-publica-fuerte.shtml>)

es positiva y reconoce el carácter de inversión en capital humano de la educación, dándole un tratamiento equiparable con la inversión que hacen, en capital físico, las empresas.” (Libertad y Desarrollo, 2012, p.8).

Adicionalmente, el modelo de gestión que implica este financiamiento establece una condición doble dado que a la cobertura parcial de los costos se suma la indicación de demostración de “mérito académico suficiente y que mantengan un satisfactorio rendimiento académico durante el transcurso de la carrera” (Boletín 8369, proyecto de ley art. 5°.5). Este requisito si bien parece razonable y ajustado a derecho, toda vez que el propio derecho a educación establece que el acceso a educación superior es “sobre la base de la capacidad de cada uno”, es preocupante en un sistema como el chileno que ha provisto desiguales oportunidades de desarrollo de esas capacidades justamente por la segmentación de la calidad educativa que afecta a quienes más requieren de protección económica para ejercer su derecho a educación. Así también, la ley para deudores actuales de crédito con aval del Estado excluye del beneficio a quienes presenten morosidad de pago, grupo en el que se encontrarían los más afectados por la deuda, con sus consecuencias económicas y sociolaborales. Al respecto, esta misma ley establece la posibilidad de alcanzar acuerdos y condonaciones para facilitar la puesta al día; sin embargo, las autoridades de gobierno no han sido claras en si activarán estos mecanismos, pese a que afecta a unos 17 mil estudiantes⁴⁸.

De esta forma, los proyectos de ley presentados y las leyes recientemente aprobadas avanzan en el sentido correcto de destinar mayores recursos a la educación, alcanzándose cifras similares de inversión en educación a las recomendadas en los estándares internacionales de derechos humanos. Sin embargo, estas medidas no logran satisfacer las demás obligaciones que tiene el Estado en materia de financiamiento, como la eliminación de barreras económicas en el acceso a la educación, en todos los niveles, y el resguardo de los principios de igualdad y no discriminación.

48 Beyer y morosos del CAE: No son más de 17 mil y se pueden poner al día fácilmente (2011, 13 de septiembre). La Tercera. Recuperado el 3 de octubre de 2011 de, <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/09/680-483242-9-beyer-y-morosos-del-cae-no-son-mas-de-17-mil-y-se-pueden-poner-al-dia-facilmente.shtml>

EL ROL DE FISCALIZACIÓN Y RESGUARDO DE DERECHOS EN LA EDUCACIÓN

Las obligaciones del Estado no se acotan a que exista una oferta suficiente y una calidad académica que cumpla parámetros mínimos, sino que se extiende a asegurar el reconocimiento, respeto y ejercicio de derechos en los espacios educativos. Es más, el Comité de Derechos del Niño recomienda en esta materia que se “celebren acuerdos pormenorizados con los proveedores de servicios y velen por una supervisión independiente de su ejecución”, contando con un órgano capaz de desarrollar esa función velando por que los proveedores de servicios respeten principios y disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y, particularmente, la no discriminación, el interés superior del niño/a, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el derecho a expresar opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones, y también debería prestarse especial atención al principio de la participación⁴⁹.

A nivel escolar, en las últimas décadas Chile ha mostrado una tendencia progresiva en el reconocimiento normativo de derechos en la educación, que se manifiesta en el reconocimiento del derecho a la participación y el resguardo de otros derechos de los miembros de las comunidades escolares⁵⁰, alcanzando un estatus de protección mayor al integrarse en la Ley General de Educación (art. 10) la definición de sus integrantes y el reconocimiento de sus derechos y deberes.

En el caso de la educación superior, el avance no es equiparable, ya que en la Ley General de Educación subsisten las limitaciones de participación de los y las estudiantes contenidas originalmente en la LOCE. Además, tanto en la educación escolar como en la educación superior, los establecimientos educacionales cuentan con un amplio margen de autonomía para definir sus dinámicas internas y sus reglamentos.

49 CRC (2002), *idem*, párr. 45.

50 Sobre protección de la maternidad (Ley 19.699 del 5 de agosto de 2000); sobre integración de población con discapacidad (Ley 20.422), sobre integración de niños y niñas migrantes (Circular N° 1179, 28/01/2003 del Depto. de Extranjería del Ministerio de Relaciones exteriores), sobre convivencia escolar (Ley 20.536 del 17 de septiembre de 2011).

En su rol de garante, la normativa nacional contempla mecanismos para que el Estado vele por el cumplimiento de estos derechos en los espacios educacionales, básicamente a partir de las funciones de fiscalización ya analizadas. Entre esos mecanismos también está la reglamentación de requerimientos básicos para obtener reconocimiento oficial y para acceder a la subvención del Estado, incluyendo entre otras, el establecimiento de las obligaciones de conformar órganos de representación de la comunidad escolar⁵¹ y la de “contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar, y que garantice el justo procedimiento en el caso en que se contemplen sanciones”, señalándose que “este reglamento no podrá contravenir la normativa vigente”⁵². En noviembre de 2011 el Parlamento reforzó estas obligaciones de garantía para “velar que no existan abusos o impedimentos arbitrarios para renovar las matrículas de los alumnos”⁵³.

Pese a los avances normativos, existe una debilidad en las condiciones para la efectividad de las funciones dadas al Ministerio de Educación con el fin de resguardar el ejercicio de derechos y evitar la discriminación en los espacios educativos, particularmente porque no se establece con claridad en dichas normativas cómo resolver las eventuales infracciones detectadas. Esta situación puede producir discrecionalidad en la fiscalización y en la aplicación de medidas de protección o de restitución de derechos⁵⁴. El Ministerio de Educación desarrolló entre 2002 y 2005 acciones para apoyar la armonización de los reglamentos internos de los

51 La obligatoriedad se estableció en la Ley que modifica el régimen de Jornada escolar Completa diurna (Ley 19.979 art. 7°) y, reforzada por la Ley de Subvención escolar Preferencial, que establece que los establecimientos no solo deben contar con Centros de Padres y Apoderados, Consejo escolar y Consejo de Profesores, sino que debe acreditar su funcionamiento (Ley 20.248 art. 7° c, del 1 de febrero de 2008).

52 Ley 20.370, art. 46 letra a, publicada el 2 de julio de 2010.

53 Ley 20.553, art. Único, inciso final, publicada el 28 de noviembre de 2012.

54 A los estudios de Casas, Correa y Wilhelm (2001), se suma el fallo de la CA Arica rol 367-2011 que en su séptimo considerando señala que “los funcionarios públicos recurridos al tener conocimiento de estas violaciones tanto a la ley como a la instrucción de su órgano, actuaron arbitraria e ilegalmente, al no remediar la situación, por lo que también infringieron el artículo 16 del Decreto N°177/1996, y que se aplicó un reglamento que atenta contra garantías constitucionales, como la libertad de expresión, demostrando los funcionarios recurridos total y absoluta complacencia”.

establecimientos educacionales con la legislación nacional⁵⁵ –y a través de ella, con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos–, pero estos esfuerzos han resultado insuficientes, y el MINEDUC no ha emprendido nuevas acciones directas que impliquen la revisión de los reglamentos escolares y su ajuste a derecho para modificar esa situación, con la excepción de la elaboración de una guía para la construcción de los reglamentos de Convivencia Escolar que se han establecido como obligación tras la aprobación de la Ley de Violencia escolar⁵⁶ (Mineduc, 2011).

Se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos en la educación, siendo más claro el reconocimiento de derechos a los miembros de las comunidades escolares que a los de la educación superior. Con todo, los establecimientos educacionales cuentan con amplias atribuciones para establecer sus reglamentos internos, por lo que pese a las indicaciones de la normativa educacional, estos muchas veces no se ajustan a derecho, y el Ministerio de Educación no cuenta con atribuciones claras ni capacidades suficientes para revisar estos instrumentos que regulan la convivencia en los espacios educacionales ni para generar los incentivos o eventuales sanciones que promuevan su ajuste de modo de garantizar la protección y ejercicio de derechos.

Garantía de continuidad de los procesos educativos

La interrupción del ciclo lectivo anual tiene implicancias en la continuidad del proceso de estudio debido a la pérdida de horas lectivas; en los aprendizajes de los y las estudiantes; y en la trayectoria educativa poniendo en riesgo la promoción de estudiantes por incumplimiento de asistencia mínima para la aprobación⁵⁷ o por los bajos niveles de aprendizaje logrados en un proceso de enseñanza irregular.

Durante 2011, producto de la suspensión de clases con motivo de las movilizaciones estudiantiles, las comunidades educativas con apoyo de sostenedores municipales y del Mi-

nisterio de Educación, generaron sistemas alternativos para mantener el ejercicio del derecho a educación y dar continuidad a sus trayectorias educativas, aspecto que el INDH valora en tanto da cuenta del cumplimiento del Estado de su obligación de tomar medidas para asegurar asistencia escolar regular, conforme se establece en la Convención de los Derechos del Niño (art. 28 letra e)⁵⁸. Pese a la implementación de estas iniciativas, la tasa de reprobación del año 2011 se incrementó en un 44% respecto al año 2010, lo que equivaldría a unos 34.500 estudiantes repitentes más que los registrados el año anterior⁵⁹, no pudiendo establecerse la causa de la reprobación, ni si corresponde o no a estudiantes que se integraron a los programas especiales de continuidad de estudios. Sin embargo y siendo altas las tasas señaladas, éstas no se condicen con las cifras entregadas por el Ministerio de Educación, que refirió 239 mil estudiantes repitentes⁶⁰.

Los recursos interpuestos ante tribunales para demandar protección del derecho a educación ante los efectos de restricción que imponen las tomas de establecimientos educacionales no fueron acogidos, en su mayoría porque las sentencias han sido posteriores a la normalización del funcionamiento de los establecimientos educacionales⁶¹. En los casos en que se ha analizado el fondo existen dos líneas argumentales que rigen las sentencias: las que plantean

55 A partir de la definición de la Política de Convivencia escolar (2002), se implementó un proceso de acompañamiento de elaboración y actualización de los reglamentos escolares, que incluyó metodologías de trabajo, capacitación y revisión por parte de las provinciales de educación.

56 La ley 20.536 publicada el 17 de septiembre de 2011, art. 46.

57 Decretos exentos N° 511 de 1997; 112 de 1999 y 83 de 2001, del Ministerio de Educación.

58 El Ministerio de Educación generó el Programa Salvemos el año escolar, que planteaba tres posibilidades para dar continuidad al estudio: compartir infraestructura educacional con establecimiento no tomados, operar en locales que no tienen destino educacional, y rendir exámenes libres. Adicionalmente, algunos municipios generaron adecuaciones a este plan, como es el caso de Providencia, con el sistema de Aprendizaje en Red, todos los cuales, según dictamen de Contraloría (Dictamen N°72.500, del 21 de noviembre de 2011) y reafirmado por tribunales, tendrían carácter de voluntario.

59 Información establecida a partir de las bases de datos sobre Rendimiento del sistema escolar 2010 y 2011, del Departamento de Estadísticas, MINEDUC, que registra 99.982 estudiantes reprobados en el 2010 y 134.487 en el 2011, lo que equivale a tasas de un 6,4% y un 8,6%, respectivamente.

60 “Según el Mineduc, el año pasado, producto de las movilizaciones, repitieron cerca de 239 mil estudiantes, y el 51% de estos proviene del sistema municipal.” Citado en Matus, J. y C. Araya (2012, 10 de agosto). “Secundarios endurecen posición con tomas y critican apoyo universitario”. La Tercera, recuperado el 2 de octubre de 2012 de <http://diario.latercera.com/2012/08/11/01/contenido/pais/31-115802-9-secundarios-endurecen-posicion-con-tomas-y-critican-apoyo-universitario.shtml>

61 Causas CA Antofagasta Rol N° 578-2011; CA Valparaíso Rol N° 460-2011; CA San Miguel Rol N° 251-2011; CA Chillán Rol N° 74-2011; CA Valdivia Rol N° 514-2011.

que las tomas son actos ilegales y arbitrarios que deben ser resueltos a la brevedad⁶², y las que resaltan la naturaleza política del conflicto y su necesaria solución a manos de las autoridades de gobierno⁶³; argumentos que aparecen también en votos disidentes en uno y otro caso.

En este marco, preocupa que en 2012, con la reactivación de la movilización estudiantil de los secundarios, la respuesta del Estado haya cambiado en comparación con aquella ofrecida en 2011. En efecto, las autoridades han relevado en su discurso la aplicación de sanciones por sobre el diálogo para restablecer la continuidad del ciclo lectivo, previniendo la ocurrencia de retomas y asegurando el acceso físico a los establecimientos educacionales a través de desalojos, el control de ingreso a los establecimientos, y la amenaza de pérdida de los apoyos complementarios (becas) para quienes participen de las movilizaciones⁶⁴. Esta última medida puede llegar a constituirse en nuevas barreras a la continuidad de estudios trayendo como consecuencia la exclusión arbitraria y selectiva de estudiantes.

Protección ante medidas arbitrarias de sanción y expulsión

Los establecimientos educacionales están facultados para adoptar sanciones cuando miembros de la comunidad educativa incumplen sus deberes consagrados en la Ley

General de Educación, tales como “cuidar la infraestructura educacional”, así como “colaborar y cooperar en mejorar la convivencia escolar” (DS N° 2 de 2010, art. 10 a, inciso segundo). Sin embargo, el Estado debe cautelar que las medidas disciplinarias que se tomen no impliquen tratos vejatorios y discriminatorios, no limiten el ejercicio de otros derechos humanos⁶⁵ ni, en el caso de la educación obligatoria, dificulten el cumplimiento de un deber legal y constitucional. Por lo mismo, al momento de aplicar sanciones deben considerarse tanto criterios formativos como la aplicación del principio de interés superior del niño y la niña, actuando con debida proporcionalidad y ponderación respecto a la dignidad de niños, niñas y adolescentes y el ejercicio del derecho a educación.

Un número no esclarecido de estudiantes de establecimientos municipales y de particulares subvencionados fueron expulsados durante 2011⁶⁶, se les canceló su matrícula para 2012, o fueron sancionados con extrema condicionalidad, por causas que de manera pública se reconocieron como relacionadas con el movimiento estudiantil o que, no siendo reconocidas de ese modo, se aplicaron a estudiantes que participaron activamente en las movilizaciones.

Para conocer las situaciones de expulsión y cancelación de matrículas, el INDH habilitó entre febrero y abril de 2012 un sistema en línea para recibir denuncias sobre expulsiones consideradas arbitrarias por los y las afectadas, recibiendo 42 denuncias a nivel nacional, y algunas consultas directas por la oficina de atención a público. Frente a ello se tomaron acciones jurídicas y administrativas, presentando la visión de

62 Se han pesquisado entre septiembre de 2011 y julio de 2012, 18 recursos de protección referidos a tomas o paralizaciones de los establecimientos educacionales, de los cuales cinco fueron acogidos por las Cortes de Apelaciones respectivas, arguyendo 4 de ellos la ilegalidad de las acciones del estudiantado (CA Arica rol N°342-2011; CA Valparaíso rol N°460-2011; CA Valdivia rol N°583-2011; CA Santiago rol N°30126-2012), y en el voto disidente de la CA Arica rol N° 287, Adicionalmente hay una causa que acoge el recurso no en contra de los estudiantes sino que recurriendo al Municipio, señalando su responsabilidad “al no haber ejercido sus funciones adoptando todas las medidas necesarias a su alcance en las condiciones anotadas, ha incurrido en omisiones prolongadas que resultan arbitrarias, pues con ello ha permitido que esta situación altamente irregular se prolongue en el tiempo sin justificación” (CA Valdivia rol N°492-2011).

63 CA Valdivia: Rol N° 421-2011; CA Santiago: Rol N° 492 2011; CA Antofagasta: rol 578-2011; CA Arica: sentencia rol 287-2011; en voto disidente CA Arica rol 341-2011; CA Valdivia rol 583-2011. Además de argumentación dada para acoger recursos de protección a estudiantes expulsados o canceladas sus matrículas, como CA Arica rol N° 217-2011 y CA Santiago rol N° 2678-2011.

64 SOYCHILE/Emol (2012, 14 de agosto) “Ministro Beyer respaldó idea de Zalaquett de quitarle becas a estudiantes que participen en tomas”. La Segunda. Recuperado el 10 de octubre de 2012, de <http://www.lasegunda.com/Noticias/Educacion/2012/08/772488/Beyer-sobre-reforma-tributaria-Es-una-exageracion-decir-que-destruye-la-educacion-publica>

65 CRC OG N°1, párr. 8; OG N°8, párr. 48; CESCROG N°13, párr. 41.

66 El MINEDUC en oficio enviado al INDH señala no poseer información sobre las situaciones de expulsión, dado que “gran parte de las situaciones de cancelación y no renovación de matrículas no fueron conocidas por esta cartera de Estado por cuanto no existieron denuncias por parte de los afectados” (Of. N°392 del 11 de julio de 2012). Las cifras de organizaciones de la sociedad varían notablemente. La Defensoría Popular registró más de 350 denuncias en Santiago en tanto la ACES señala que los casos suman más de 3 mil a nivel nacional (Andime, “Coletazos de la movilización estudiantil: Cancelan matrícula a dirigentes de los secundarios”, recuperado el 17 de octubre de 2012 de http://www.andime.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1116:coletazos-de-la-movilizacion-estudiantil-cancelan-matricula-a-dirigentes-de-los-secundarios&catid=79:en-la-noticia)

derechos humanos que involucran algunos casos emblemáticos ante la Corte de Apelaciones de Santiago para que los tuviera en consideración⁶⁷.

Adicionalmente, se requirió información al Ministerio de Educación sobre el número de expulsiones y sobre las acciones de fiscalización adoptadas en este marco. Conjuntamente se consultó por similar materia a los 187 municipios que concentran el 92% de la matrícula de la educación secundaria, en su doble rol de sostenedores y de agentes locales de protección de los derechos de la infancia. Las respuestas de los órganos consultados dan cuenta de una débil noción de garante tanto de las autoridades municipales como ministeriales. De las 112 municipalidades que respondieron la consulta del INDH, la mayoría señaló no haber registrado expulsiones en los establecimientos de su dependencia, sin referir a situaciones de establecimientos particulares subvencionados, con excepción de la comuna de Valparaíso que integró información de la Oficina de Protección de la Infancia. Diez Municipios reconocieron haber tomado medidas de expulsión y cuatro de ellos señalaron que estas se relacionaron con las tomas en el contexto del movimiento estudiantil, afectando en total a 123 estudiantes en las regiones de Valparaíso y Metropolitana, sin contar los municipios de Santiago y Ñuñoa, que no respondieron al oficio. Por su parte, el MINEDUC señaló que “gran parte de las situaciones de cancelación y no renovación de matrículas no fueron conocidas por esta cartera de Estado por cuanto no existieron denuncias por parte de los afectados”⁶⁸.

En relación a las denuncias, entre 2010 y 2011 aumentaron en un 30% las realizadas ante el Ministerio de Educación por expulsiones y cancelaciones de matrícula, y en un 48% las que refieren a medidas disciplinarias adoptadas por los establecimientos educacionales.

Al comparar las cifras de estos últimos cuatro años, queda en evidencia un problema estructural en el uso de la expulsión o cancelación de matrícula como medida excepcionalísima, ya que año tras año –independientemente de la movilización estudiantil– ha ido en aumento, lo que demuestra

las debilidades normativas y las malas prácticas en materia de marginación escolar; que no cuentan con la debida prevención y fiscalización por parte del Estado para evitar su ocurrencia.

CUADRO I: DENUNCIAS POR SANCIONES DISCIPLINARIAS Y CANCELACIÓN DE MATRÍCULA, AÑOS 2008-2012

	2008	2009	2010	2011	2012*
Cancelaciones matrícula	1440	1643	2062	2978	1038
Medidas disciplinarias	953	866	1031	1522	342

Fuente: MINEDUC, Oficina de Atención ciudadana, informes anuales 2009 – 2011.
*datos del primer semestre 2012, según informe Oficina de Atención ciudadana, MINEDUC.

Ante el requerimiento de información sobre las acciones tomadas por el MINEDUC en relación con las expulsiones y medidas de extrema condicionalidad impuestas a estudiantes que participaron en las movilizaciones estudiantiles, se señaló al INDH que “este ministerio realizó distintas gestiones tales como reuniones y audiencias con los diversos actores relacionados con los establecimientos educacionales afectados por las movilizaciones, encaminadas a buscar soluciones en los casos solicitados, a través de mediación entre las partes, todo esto con el fin de dar cumplimiento a lo señalado en la Ley 20.553 y asegurar la continuidad de estudios de los estudiantes afectados por esta situación” (Mineduc, Oficio N°392). De esta respuesta se colige que las infracciones a la normativa educacional que representan la sanción de estudiantes con medidas no contempladas en reglamentos internos, la falta al debido proceso y/o la aplicación de sanciones que contravienen normas legales, tipificados como infracción menos grave y graves, fueron calificados como reclamos y no como denuncia, independientemente de si hubiese solicitud o no de mediación. Por lo mismo, el Ministerio tomó acciones distintas a la fiscalización y eventual aplicación de sanciones establecidas en la Ley General de Educación y en el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia y escolar; y lo hizo solo frente a algunos casos, pese a estar en conocimiento de su ocurrencia en un conjunto más amplio de establecimientos.

67 INDH, *Amicus curiae* Causas Rol 3380-2012; Rol 2266-2012; Rol 3533-2012.

68 MINEDUC, ORD. N° 392 del 11 de junio de 2012.

Por su parte, los tribunales de justicia han ordenado el reintegro de estudiantes en varios de los llamados establecimientos “emblemáticos”⁶⁹, en base a motivos que demuestran el incumplimiento de principios básicos de ajuste del reglamento a la normativa vigente: no aplicación de debido proceso, discriminación en la aplicación de la sanción o inexistencia de la sanción o de la falta en los reglamentos internos, todas situaciones que darían pie para la aplicación de las sanciones del art. 76 de la Ley 20.529 por parte del MINEDUC.

A ello se suman las declaraciones de autoridades ministeriales en torno a la responsabilidad de protección del derecho a educación. El 29 de diciembre de 2011, el subsecretario Fernando Rojas planteó que los sostenedores de cada institución tenían derecho a decidir la continuidad de un alumno en base “al comportamiento o al criterio interno que tengan de convivencia”⁷⁰, estableciendo posteriormente que en ello debe resguardarse el debido proceso y que de no ocurrir debiesen hacerse las denuncias correspondientes, dado que “la preocupación del Ministerio de Educación es que los jóvenes tengan alternativas para continuar sus estudios”⁷¹.

69 Corte de Apelaciones de Arica: Rol N° 217-2011 del 17-07-2011. Corte de Apelaciones de Iquique: Rol N° 473-2011 del 12-12-2011. Corte de Apelaciones de Valparaíso: Rol N° 508-2011 del 18-10-2011; Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° Rol N° 187-2011 del 05-09-2011 y ratificada por Corte Suprema (Rol N° 8880-2011); Rol N° 194-2011 del 12-09-2011 y ratificada por Corte Suprema (Rol N° 9105-2011); Rol N° 219-2011 del 13-10-2011; Rol N° 244-2011 del 14-10-2011; Rol N° 252-2011 del 28-10-2011; Rol N° 296-2011 del 19-11-2011 y ratificada Corte Suprema (Rol N° 11469-2011). Corte de Apelaciones de Santiago: Rol N° 15876-2011 del 14-11-2011; Rol N° 2266-2012 del 04-05-2012; Rol N° 2678-2012 del 26-04-2012 y ratificada por Corte Suprema (Rol N° 3880-2012); Rol N° 3380-2012 del 03-04-2012; Rol N° 3533-2012 del 16-05-2012; Rol N° 808-2012 del 12-04-2012 y ratificada por Corte Suprema (Rol N° 3279-2012); Rol N° 933-2012 del 04-06-2012. Corte de Apelaciones de Concepción: Rol N° 1125-2011 del 03-10-2011. Corte de Apelaciones de Temuco: Rol N° 232-2011 del 03-11-2011. Corte de Apelaciones de Puerto Montt: Rol N° 343-2011 del 31-01-2012 y ratificada por Corte Suprema (Rol N° 1772-2012). Corte de Apelaciones de Punta Arenas: Rol N° 59-2011 del 03-09-2011.

70 SoyChile (2011, 29 de diciembre) “Subsecretario de Educación: “Alumnos a los que no se le renueve matrícula en Providencia no serán reubicados”. La Segunda. Recuperado el 9 de octubre de 2012 de <http://www.lasegunda.com/Noticias/Educacion/2011/12/708627/Subsecretario-de-Educacion-Alumnos-a-los-que-no-se-le-renueve-matricula-en-Providencia-no-seran-reubicados>.

71 La Nación (2012, 10 de febrero) “Subsecretario de Educación dijo “entender” cancelación de matrículas”. La Nación. Recuperado el 9 de octubre de 2012, de <http://www.lanacion.cl/subsecretario-de-educacion-dijo-entender-cancelacion-de-matriculas/noticias/2012-02-10/120719.html>

De este modo, la expulsión de estudiantes como medida excepcionalísima que pueden adoptar los establecimientos ha ido en aumento en los últimos años, registrándose un incremento significativo en el marco de las movilizaciones estudiantiles de 2011. La obligación del Estado en este campo es fiscalizar y sancionar a los establecimientos que apliquen estas medidas de manera discriminatoria y arbitraria. El MINEDUC no ha cumplido con debida diligencia esta obligación en atención a las atribuciones especiales que le diera el Congreso ni en los casos en que la justicia ha establecido que no ha habido debido proceso y ha ordenado el reintegro de los estudiantes, dado que solo actuó cuando expresamente se le solicitó su mediación, a pesar de que las expulsiones fueron hechos de conocimiento público difundidos a través de diversos medios de comunicación, y en los cuales debió velar por que no existieran “abusos o impedimentos arbitrarios para renovar las matrículas de los alumnos”⁷².

Protección del derecho a participación en los asuntos que les afecten

La manifestación estudiantil en sí misma es una expresión del ejercicio del derecho a participación y expresión de niños, niñas y jóvenes en los asuntos que les afecten, y que debiese despertar especial preocupación por parte de las autoridades, para poder cumplir con su obligación de protección, promoción y defensa de estos derechos, así como con el de debida consideración de lo expresado (CRC, art. 12), siendo además un indicador clave en el monitoreo del derecho a educación⁷³.

En el caso de la educación escolar, el derecho a la participación se encuentra protegido en la Ley General de Educación (DFL N° 2, art 10 a), así como la existencia de organizaciones de diferentes miembros de la comunidad educativa. En cambio, en la educación superior existen limitaciones a la participación estudiantil. De hecho, una de las cinco exigencias planteadas por el movimiento estudiantil se refiere a este tema, demandando una reforma legal que refuerce

72 Ley 20. 553.

73 La Comisión IDH ha propuesto esta dimensión como una de las categorías o dimensiones de monitoreo del derecho a educación, en el marco de seguimiento al Protocolo de San Salvador. (OEA/Ser.L/XXV. 2.1/GT PSS/doc.2/11 rev. 2, 16 de diciembre de 2011, párr. 70).

los espacios y condiciones para el ejercicio de derechos al interior de los establecimientos educacionales que están restringidas en la actual legislación⁷⁴ (CONFECH, ACES Y CONES, 2012).

En respuesta a esta situación, un grupo de diputados presentó en agosto de 2012 un proyecto de modificación legal que permite la asociación de los estudiantes en las universidades (Boletín N° 8523-04), a la vez que prohíbe impedir dichos procesos y sanciona a las instituciones que lo hagan, avanzando en la solución de esta debilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Mundial. (2012). Datos. Indicadores Gasto público en educación, total (% del PIB) Recuperado el 3 de octubre de 2012, de <http://datos.bancomundial.org/indicador/SE.XPD.TOTL.GD.ZS>
- Bravo, D., D. Contreras y C. Sanhueza (1999). "Rendimiento Educativo, Desigualdad y Brecha de Desempeño Privado/Público: Chile 1982-1997", Departamento de Economía, Universidad de Chile, Santiago.
- Cámara de Diputados, (2012). Informe de la Comisión Investigadora sobre el Funcionamiento de la Educación Superior: Recuperado el 25 de octubre de 2012 de <http://www.scribd.com/doc/98361758/Informe-de-Comision-Investigadora-de-la-Educacion-Superior>
- Carnoy, M. (1997), "Is privatization through education vouchers really the answer? A comment on West", *World Bank Research Observer*, vol. 12, No 1, Oxford, Oxford University Press.
- Casas, L.; Correa, J. y K. Wilhelm. (2001). "Descripción y análisis jurídico del derecho a la educación y la discriminación". En: Gonzales, F. (ed.) *Discriminación e Interés Público*. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 12, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago.
- Casas, L. y J. Correa, J. (2001). "Propuesta de políticas públicas y normativas sobre conductas discriminatorias y abusivas en la selección y marginación escolar". En: Gonzales, F. (ed.) *Discriminación e Interés Público*. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 12, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago.
- Casas, L.; Ahumada, C., Ramos, L. y A. Guajardo. (2008). "La convivencia escolar, componente indispensable del derecho a la educación (Estudio de Reglamentos Escolares)". *Serie reflexiones Infancia y adolescencia N° 11*. Santiago: Unicef.
- CESCR. (1999). Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos económicos Sociales y Culturales). Ginebra.
- CESCR. (1999). Observación General N° 13. El derecho a educación (artículo 13 del Pacto). Ginebra.

⁷⁴ DS N° 2 de 2010 art. 56, que refunde la Ley General de Educación y la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en sus partes no derogadas, señala expresamente "e) (...) La forma de gobierno de la nueva entidad deberá excluir la participación con derecho a voto de los alumnos y de los funcionarios administrativos, tanto en los órganos encargados de la gestión y dirección de ella, como en la elección de las autoridades unipersonales o colegiadas".

- CESCR. (2007). *Evaluación de la Obligación de Adoptar Medidas hasta el "Máximo de los Recursos de que Disponga" de Conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto*, Ginebra. E/C.12/2007/1
- Chile. (2007). *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Chile. (2009). *Ley General de Educación*. Ley N° 20.370, publicada en el Diario Oficial del 12 de septiembre de 2009.
- Chile. (2010). *Fija texto Refundido la Ley General de Educación y la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en sus partes no derogadas*. DS N° 2, publicada en el Diario Oficial del 2 de julio de 2010.
- Chile. (2011). *Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización*. Santiago, Chile. Ley 20.529, publicada en el Diario Oficial del 27 de agosto de 2011.
- Chile. (2011). *Establece Normas de Excepción en Materia de Subvenciones a Establecimientos Educativos*. Ley 20.553 publicada en el Diario Oficial del 28 de noviembre de 2012.
- Chile. (2011). *Ley de Presupuestos del Sector Público Año 2012*. Ley 20.557 publicada en el Diario Oficial del 15 de diciembre de 2011.
- CONFECHE, CONESYASES. (2012). *Cinco exigencias fundamentales para un nuevo sistema educacional*. Recuperado el 01 de octubre de 2012, de <http://fech.cl/5-exigencias-fundamentales-para-un-nuevo-sistema-educacional/>
- Contreras, D., Hojman, D., Huneeus, F. y O. Landarretche. (2011). El lucro en la Educación Escolar: Evidencia y desafíos regulatorios. *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas* N° 10. Depto. de Economía, Universidad de Chile.
- CRC. (2001). *Observación General N° 1. Párrafo 1 del artículo 29: Propósito de la Educación*. CRC/GC/2001/1. Ginebra.
- CRC. (2006). *Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. CRC/C/GC/7/Rev.1. Ginebra.
- CRC. (2004). Informe del Comité de Derechos del Niño. Documentos Oficiales. Quincuagésimo noveno período de sesiones, *Suplemento 41. A/59/41*.
- Educación 2020. (2012, 11 de septiembre) "Educación 2020 advierte que proyecto de Reforma Tributaria puede profundizar segregación escolar". Recuperado el 29 de octubre de 2012 de <http://www.educacion2020.cl/noticia/educacion-2020-advierte-que-proyecto-de-reforma-tributaria-puede-profundizar-segregacion>
- DIPRES. (2012). *Informe de Ejecución Partida*. Ministerio de Educación. Recuperado el 1 de octubre de 2012, de <http://www.dipres.gob.cl/574/propertyvalue-15459.html>
- División de Educación Superior, *Ministro Beyer realiza primera entrega de estados financieros de instituciones de educación superior*, recuperado el 2 de octubre de 2012, de http://www.divesup.cl/index2.php?id_contenido=19945&id_portal=38&id_seccion=3056
- División de Educación Superior, *Ministro Beyer mostró el avance de la situación financiera de Instituciones de Educación Superior 2012*, recuperado el 2 de octubre de 2012 a, de http://www.divesup.cl/index2.php?id_contenido=19491&id_portal=38&id_seccion=3056
- Drago, J. y Paredes, R. (2011). La brecha de calidad en la educación chilena. *Revista Cepal* 104: 167-180. Santiago.
- INDH. (2011). *Informe Anual Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago.
- INDH. (2012). *Amicus curiae* Liceo Tajamar, presentado ante la CA de Santiago. Causa Rol 3380-2012.
- INDH. (2012). *Amicus curiae* Liceo 7 de Niñas de Providencia presentado ante la CA de Santiago. Causa Rol 2266-2012.
- INDH. (2012). *Amicus curiae* Liceo Lastarria presentado ante la CA de Santiago. Causa Rol 3533-2012.
- Libertad y Desarrollo. (2012, septiembre). "Reforma Tributaria: El difícil recorrido del proyecto que no logró cerrar el debate". *Temas Públicos* N° 1078.
- McEwan, P. (2003). "Peer effect on student achievement: evidence from Chile", *Economics of Education Review*, vol. 22, No 2, Amsterdam, Elsevier.
- Ministerio de Educación. (2002). *Política de Convivencia Escolar. Hacia una educación de calidad para todos*. Santiago, Unidad de Apoyo a la Transversalidad.
- Mineduc. (2011). Orientaciones para la elaboración y actualización del reglamento de Convivencia Escolar. Unidad de Transversalidad Educativa. División General de Educación. Mineduc.

- Mineduc. (2012). "Especiales: Nueva Superintendencia Escolar", Mineduc. Recuperado el 12 de noviembre de 2012 de http://www.supereduc.cl/index3.php?id_contenido=20223&id_seccion=4220&id_portal=1
- Muñoz, V. (2005). *Informe del Relator Espacial sobre el derecho a la educación*, Vernor Muñoz Villalobos. Ginebra, E/CN.4/2005/50
- Muñoz. (2011). *El derecho a educación: una mirada comparativa*. Santiago: Unesco.
- OEA. (2011). *Indicadores de Progreso para Medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*. Washington, D.C., OEA/Ser.L/XV.2.1/ GT PSS/doc.2/11 rev. 2.
- OACDH/UNESCO. (2006). *Plan de Acción. Programa Mundial para la educación en derechos Humanos. Primera Etapa*. Nueva York: ONU.
- OACDH. (2009). Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Folleto informativo N°33*, Génova.
- OCDE. (2012). *Education at a Glance 2012: OECD Indicators. Chile –Key Facts*. Recuperado de <http://www.oecd.org/edu/EAG2012%20-%20Key%20Facts%20-%20Chile.pdf>
- ONU. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.
- ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*.
- Singh, K. (2011). *Informe provisional del Relator Espacial sobre el derecho a la educación*, Ginebra, A/66/269
- Singh, K. (2011a). Declaración Pública "Hay que oír con atención el reclamo estudiantil en Chile" Recuperado el 1 de octubre de 2012 de <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11357&LangID=S>
- Tokman, M. (2002). Is private education better? Evidence from Chile. Central Bank of Chile. Working Paper, 147.
- Tomasevsky, K. (1999). Informe preliminar de la Relatora especial del derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevsky, presentado de conformidad a la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. Ginebra, E/CN.4/1999/49.
- Tomasevsky, K. (2000). *Informe provisional de la Relatora especial del derecho a la educación*, Sra. Katarina Tomasevsky, presentado de conformidad a la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos. Ginebra, E/CN.4/2000/6.
- Tomasevsky, K. (2001). *Informe anual de la Relatora especial del derecho a la educación*, Sra. Katarina Tomasevsky, presentado de conformidad a la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos. Ginebra, E/CN.4/2001/52.
- Tomasevsky, K. (2002). *Informe presentado por la Sra. Katarina Tomasevsky. Relatora especial del derecho a la educación. Misión a los Estados Unidos de América*, 24 de septiembre a 10 de octubre de 2001. Ginebra, E/CN.4/2002/60/ Add.1.
- Tomasevsky, K. (2004). *Informe presentado por la Sra. Katarina Tomasevsky. Relatora especial del derecho a la educación*. Ginebra, E/CN.4/2004/45
- Unesco. (2007). *Educación de Calidad para Todos. Un Asunto de Derechos Humanos*. Documento de discusión sobre políticas educativas en el marco de la II Reunión Intergubernamental del Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe (EPT/PRELAC). 29 y 30 de marzo de 2007; Buenos Aires, Argentina.
- Unesco. (2008). *Informe sobre la séptima reunión del Grupo Mixto de Expertos Unesco (CR)/Consejo Económico y Social (CESCR) sobre el seguimiento del derecho a la educación*. Paris, 179 EX/24
- Unesco. (2011). *Informe de Seguimiento de la ETP en el Mundo 2011. Anexo Cuadros Estadísticos*. Paris: Ediciones Unesco. Recuperado el 3 de octubre de 2012, de http://www.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_2765D871B0FBB23F417073C70A94672878461100/filename/gmr2011-statistical-tables-es.pdf
- Valenzuela, J.P., Bellei, C. y De los Ríos, D. (2009). "Evolución de la segregación socioeconómica de los estudiantes chilenos y su relación con el financiamiento compartido", En Evidencias para Políticas Públicas en Educación, FONIDE, Ministerio de Educación.

3

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS



Fotografía: Catalina Navarro

ANTECEDENTES

Desde iniciada la recuperación democrática, el Estado ha desarrollado políticas públicas e institucionalidad para abordar la situación de exclusión social y política de los pueblos indígenas, con resultados disímiles en la práctica. Ejemplos de ello son la aprobación de la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas (1993), la consecuente creación de la Corporación de Desarrollo Indígena –CONADI– y la formulación de una política de restitución de aguas y tierras para avanzar en dirección de recuperar y superar la división de las tierras indígenas. A ello se sumó la adhesión a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT en septiembre de 2008.

El INDH ha sostenido que la relación entre el Estado y los pueblos indígenas no puede concebirse sin que el primero se haga cargo del legado de despojos y privaciones que han sufrido dichos pueblos, no sólo en relación con sus tierras, territorios y recursos naturales, sino también en términos del avasallamiento de la identidad política y cultural como consecuencia de la discriminación y la negación histórica de derechos de que han sido objeto dichos pueblos (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 97). Ello ha redundado en que, a pesar de las políticas mencionadas y del mejoramiento de los indicadores sociales¹, persista un cuadro de “[s]istemáticas inequidades tanto en la distribución del poder político como en el acceso a recursos materiales y sociales ()” (CEPAL; ATM, 2012, pág. 22).

1 De acuerdo a la CASEN 2011, la evolución de la pobreza por etnia 1996-2011, ésta disminuyó de un 35,1% (1996) a un 19,2% (2011). No obstante persiste la brecha entre pobres indígenas (19,2%) y no indígenas (14,0%) (Ministerio de Desarrollo Social, 2012 a).

Algunas de las expresiones de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas durante el período del que da cuenta este Informe Anual están dadas por la persistencia de la demanda insatisfecha que reivindica derechos políticos y territoriales; las denuncias por casos de violencia policial con afectación de derechos –fundamentalmente de niños y niñas–²; el incumplimiento y la consecuente judicialización de algunas de las principales obligaciones que se derivan del Convenio 169 de la OIT; 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; el desarrollo de nuevas huelgas de hambre sostenidas por personas indígenas privadas de libertad que alegan violación a las normas del debido proceso³, y finalmente, en 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.

En este contexto, el INDH ha desarrollado en 2012 diversas acciones en cumplimiento de su mandato institucional, tales como Misiones de Observación en comunidades mo-

2 Violencia policial y aplicación de la legislación antiterrorista a los pueblos indígenas son tratados en el capítulo sobre seguridad democrática y derechos humanos.

3 El pasado 27 de agosto cuatro integrantes de la comunidad Wente Winkul Mapu, comuna de Ercilla, iniciaron huelga de hambre. Se trata de Paulino Levipan Coyán (22) y Daniel Levinao Montoya (20) condenados, en agosto pasado, a 11 años de presidio por los delitos de homicidio frustrado a Carabineros y porte ilegal de armas de fuego. Eric Maximiliano Montoya Montoya (23) y Rodrigo Melinao Montoya (20), imputados por un presunto homicidio frustrado a un carabiniere.

vilizadas (Carahue, Wente Winkul Mapu, Trafún, Temucucui⁴); elaboración de documentos sobre proyectos e iniciativas, normativas que deben ajustarse a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado⁵; observación y seguimientos a juicios que involucran a integrantes del pueblo mapuche⁶; e interposición de acciones de tutela de garantías constitucionales a favor de niños y niñas e integrantes de pueblos indígenas⁷. Adicionalmente, ha continuado su participación en la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche⁸, no obstante la decisión de los familiares de los presos mapuche de retirarse de dicha instancia⁹, con el objetivo de elaborar un informe final que se dará a conocer hacia fines de 2012.

La relación con los pueblos indígenas requiere abordarse desde una perspectiva que respete los derechos colectivos e individuales de dichos pueblos, lo que implica incorporar

4 Misión de Observación Región de la Araucanía, 17 al 20 de enero de 2012; Misión de Observación a Trafún, Comuna de Panguipulli, 7 y 8 de marzo de 2012; Misión de Observación Temucucui, Comuna de Ercilla, 17, 18 y 19 de agosto de 2012.

5 El INDH ha presentado su opinión en relación al Reglamento del Servicio de Impacto Ambiental, la Ley de pesca y el deber de consulta.

6 Caso “Fundos San Leandro y Tres Luces”, RUC 0900033605-7, Lautaro; Caso “Tur Bus o By-Pass Grande”, RUC 0900697670-8, Temuco; Caso “Peaje Victoria” RUC 090096218-2, Victoria.

7 El INDH interpuso acción de amparo ROL N° 604-2012, Corte de Apelaciones de Temuco, a favor de los niños MMQ, 13 años, JMM, 18 años, LM, 17 años y FLN, de 17 años, y tres varones mayores de edad, por hechos ocurridos el 23 de julio de 2012, en las inmediaciones del Hospital de Collipulli, en circunstancias que familiares de comuneros detenidos en la ocupación de un predio reivindicado por la Comunidad de Temucucui, fueron heridos por impactos de proyectiles de perdigón. El INDH se ha hecho parte, apelado y alegado amparos deducidos por la Defensoría Penal Pública: a) por hechos ocurridos el 7 de junio de 2012, al interior del lof Wente Winkul Mapu, comuna de Ercilla, que fue allanado en un operativo de carabineros en el que resultaron heridos siete comuneros mapuche, incluidos tres niños (GVM, 17 años; AVM, 15 años; y AM, 10 años) y un anciano de 78 años (Rol N° 449-2012 Corte Apelaciones de Temuco; ROL N° 5.441-12, Corte Suprema); b) por el menor de la Comunidad de Temucucui, comuna de Ercilla, FMM, por hechos ocurridos el 08 de diciembre de 2011, en circunstancias que la comunidad fue allanada en un vasto operativo policial. El INDH interpuso acción de tutela de protección de garantías constitucionales (ROL N° 127-2012, Corte de Apelaciones de Temuco), en relación a hechos ocurridos el 10 de enero de 2012 con motivo de la interrupción de tránsito en la Carretera Panamericana Cinco Sur, en el sector de Metrenco, Comuna de Padre Las Casas. La intervención policial derivó en transgresión de derechos de niños y niñas de la Comunidad José Jineo, Sector Rofuú, comuna de Padre Las Casas. Entre las personas afectadas se encuentran: SLP, 13 años, JLP, 9 años, AQP, 2 años 6 meses.

8 Constituida formalmente el 21 de julio de 2011 en la ciudad de Concepción, en el marco del término de la huelga de hambre sostenida por cuatro comuneros mapuche condenados en el juicio denominado “Cañete”.

9 La Comisión sesionó en dos oportunidades el año 2012: el 5 de julio en la ciudad de Santiago y el 5 de septiembre de 2012 en Concepción. Para mayor información, ver www.indh.cl

en las políticas públicas y diseños institucionales una aproximación que reconozca el pluralismo cultural¹⁰ (Kaluf, 2005), 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.

Ello 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 garantía¹¹ 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.

En el presente capítulo se aborda, en particular, el derecho a la libre determinación a la luz del derecho internacional, y el proceso de consulta y participación, concebido como uno de los mecanismos que consagra dicho principio. Finalmente, se revisan algunos aspectos de la política de tierras y aguas en este período.

LIBRE DETERMINACIÓN Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

NORMAS NACIONALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El derecho internacional de los derechos humanos asienta el principio conforme al cual los pueblos indígenas tienen el derecho de libre determinación, en cuya virtud son libres para decidir sobre su condición política, así como para determinar sus prioridades en materia de su desarrollo económico, social y cultural.

10 “Según la definición dada por la UNESCO, el pluralismo cultural se define como la respuesta política al hecho de la diversidad cultural; es decir, todas las regulaciones, normas, estrategias y movimientos políticos generados por los estados y grupos políticos en torno a ella” (Kaluf, 2005, pág. 121).

11 Constituido por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los órganos de control de tratados, sistemas especiales de Naciones Unidas y las instancias jurisdiccionales que ofrece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagran este principio. El primero de estos instrumentos señala en su artículo 1º que “[t]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Agrega enseguida que “[p]ara el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

Los pueblos son los titulares de este derecho, y en ellos radican las facultades que el derecho internacional reconoce, en cuanto a adoptar sus formas de organización social y política, y de definir sus estrategias de desarrollo.

Relevando la importancia de este derecho, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el ejercicio del mismo constituye condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los demás derechos reconocidos en el Pacto¹².

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, la Declaración) expresa que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (art. 2), y agrega que “[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas” (art. 4). La misma Declaración señala que el contenido y ejercicio de ese derecho no podrá interpretarse en el sentido de “[q]ue autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” (art. 46).

12 Comité DDHH. Observación General N° 12. Derecho de libre determinación. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.1). 13 de marzo de 1984, párr.1.

En el caso del Convenio 169 de la OIT, si bien no establece expresamente el derecho de libre determinación, reconoce que los pueblos indígenas tienen el derecho a “[...] asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, y de su desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones” (Preámbulo). Este criterio permea el Convenio 169, constituyendo una expresión de aquello la consagración del deber de garantizar a los pueblos “[e]l derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural [...]” (art. 7 Convenio 169). Por otra parte, el Convenio 169 da un paso sustantivo al reconocer la condición de ‘pueblos’ que les asiste a las poblaciones indígenas. Este instrumento utiliza este concepto para referirse a los colectivos indígenas, al tiempo que explicita que dicha condición “[n]o deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (art. 1.3 Convenio 169).

Por lo tanto, en el ámbito del derecho internacional convencional indígena se reconoce el principio de la libre determinación en el marco de la integralidad de las soberanías de los Estados nacionales. De esta manera, a los efectos de comprender los alcances de la autodeterminación indígena se ha diferenciado entre la autodeterminación externa, cuya expresión máxima lo constituye el derecho a la independencia, de la autodeterminación interna, que se refiere a los casos de los pueblos indígenas u otras comunidades diferenciadas que habitan al interior de Estados independientes (Seelau & Seelau, Implementación del derecho a la libre determinación indígena en Chile, 2012, pág. 249)¹³. Esta

13 Para los autores citados, “La libre determinación externa es aquella reconocida en el PIDCP y el PIDESC, donde el ejercicio del derecho tiene como consecuencia la independencia y formación de un nuevo Estado. En cambio, la libre determinación interna rompe con el significado tradicional al implicar un ejercicio del mismo derecho, pero no la formación de un nuevo Estado, sino la creación de espacios y oportunidades para permitir a los pueblos indígenas determinar libremente su futuro dentro de los Estados en que conviven. Como se observa, esta segunda noción se desarrolló para que los Estados accedieran a reconocer la libre determinación —dejando de lado los reparos respecto de posibles divisiones— y aprobaran el Convenio 169” (Seelau & Seelau, Implementación del derecho a la libre determinación indígena en Chile, 2012, pág. 249).

interpretación ofrece la posibilidad de transferencia de espacios de decisión política a los pueblos indígenas, al considerarlos dentro de los países independientes como sujetos de derecho capaces de determinar y decidir libremente sus prioridades (Seelau & Seelau, 2012, p. 249)¹⁴.

La Declaración y el Convenio avanzan en esta dirección, al consignarse que dichos pueblos son titulares de participar libremente en la adopción y decisión en todas aquellas medidas que sean susceptibles de afectarles directamente, por medio de sus propias instituciones políticas, económicas y sociales, las que tienen derecho a mantener y desarrollar. Ello incluye, el derecho a la definición de sus prioridades y estrategias para el ejercicio del derecho al desarrollo (artículos, 18, 20, 23, 25, 32 y 33 Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; artículos 2, 6, 7, entre otros, Convenio 169).

Reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas

La experiencia comparada da cuenta de la posibilidad de conciliar el carácter unitario del Estado y el reconocimiento de la diversidad de pueblos y naciones, incluido el principio de la libre determinación¹⁵.

14 Opinión distinta a esta interpretación es la sostenida por el actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, quien sostiene que el derecho a libre determinación es uno y que al igual que otros pueblos, a los indígenas les asiste el derecho de optar por la independencia. Ver James Anaya, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración en: ((Jorge Contesse Singh, 2012), pie de página nº14). Antes y en relación a nuestro país, el Relator Stavenhagen sostenía que el “[e]l derecho de los pueblos a la libre determinación, siendo un derecho humano universal (como lo establece el artículo 1º de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile), se aplica a todos los pueblos, incluso los pueblos indígenas, como lo reafirma el Convenio 169 de la OIT y otros documentos internacionales”. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2004/80/Add.3. 17 de noviembre de 2003, párr. 43.

15 En el ámbito del constitucionalismo latinoamericano existe un amplio reconocimiento a la diversidad cultural (Ecuador, art.1; México, art. 2; Nicaragua, art. 5; Venezuela art. 119). La Constitución de Bolivia señala que “dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autodeterminación, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y a la ley”.

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 tratados¹⁶, constituyendo uno de los temas en el Examen Periódico Universal (2009)¹⁷. En dicha oportunidad, el Estado asumió el compromiso de “[c]ompletar el proceso de reconocimiento constitucional de las poblaciones indígenas, mediante las debidas consultas [...]”¹⁸. El mismo llamado ha sido formulado por los dos últimos relatores especiales sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen (2003)¹⁹ y James Anaya (2009)²⁰, a lo que se suma el deber del Estado por avanzar en esta dirección en el marco de la solución amistosa ante la Comisión IDH (2004) en el caso Huenteano Beroiza y otros vs Chile²¹.

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

16 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.

17 Comisión de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 30, 70.

18 Comisión de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo. A/HRC/12/10. 4 de junio de 2009, párr. 96, número 57.

19 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2004/80/Add.3. 17 de noviembre de 2003, párr. 15, 41, 43, 44.

20 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, párr. 14, 51.

21 Informe de la Comisión IDH N° 30/04. Solución amistosa, Mercedes Julia Huenteano Beroiza y Otras Vs. Chile, 11 de marzo de 2004.

consultado ni ha prosperado²². 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 N° 19.253 (Ley Indígena). En ese entonces, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, acogiendo la postura del ex ministro de la dictadura y miembro de la Junta Militar, senador designado (1990-1998) Santiago Sinclair Oyander²³, reemplazó el término pueblo del proyecto original por el de etnias, por estimar que este último término recogía “cabalmente las ideas que fundamentan la iniciativa”²⁴.

Las mismas resistencias se expresaron a propósito de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Así, en julio de 2000, un conjunto de parlamentarios interpuso un requerimiento por inconstitucionalidad del tratado, frente al cual el Tribunal resolvió que el Convenio no se contraponía a la carta fundamental y que el término aludido equivalía a “un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos

no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”²⁵.

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 Alianza²⁶) 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 indígenas²⁷, de derechos humanos²⁸ y en el Congreso Nacional²⁹.

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, representa un desafío para los actores políticos y para el Estado establecer relaciones fundadas en el reconocimiento de la identidad indígena

22 Boletín N° 513-07, año 1991, Mensaje, Reforma Constitucional relativa a los pueblos indígenas, rechazado; Boletín N° 2360-07, año 1999, Moción, Reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado, en trámite; Boletín N° 4069-07, año 2006, Moción, Establece una reforma constitucional sobre pueblos indígenas, archivado; Boletín 5324-07, año 2007, Moción, Proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena, en trámite; 5522-07 (Refundido con 5324-07), año 2007, Mensaje, Reconoce a los Pueblos Indígenas de Chile, en trámite; Boletín 8438-07, año, 2012, Moción, Modifica la Constitución Política de la República, estableciendo normas sobre la participación y la representación política de los Pueblos Indígenas, en trámite.

23 El Senador Sinclair “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” Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, párr. 1317.

24 Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, párr. 1317.

25 Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 4 de Agosto de 2000, considerando 44, en causa sobre requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169, Rol N° 309.

26 Boletines 5324-07 y 5522-07.

27 Ver Informe Alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, al cumplirse un año de su entrada en vigencia en Chile. Elaborado por: Consejo de Longko del Pikun Wijimapu - el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales - el Grupo de Trabajo Mapuche sobre los Derechos Colectivos - el Observatorio Ciudadano - Wallmapuwen. 1º de septiembre de 2010.

28 Informe Intermedio de Organizaciones No Gubernamentales sobre el seguimiento de las Observaciones Finales del Examen Periódico Universal al Estado de Chile (A/Hrc/12/10) 4 de Junio de 2009. Corporación Humanas; Observatorio Ciudadano; Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales; Corporación Opción; CODEPU, págs. 10, 11 y 50, 51, 52, 53 y 54.

29 Cámara de Diputados, Sesión 109 de 16 de noviembre de 2011, votó favorablemente Proyecto de Acuerdo N° 462 de 5 de octubre de 2011 por el que se solicita al Presidente de la República derogar el Decreto Supremo 124 por cuanto vulnera el Convenio 169. Ver Senado de la República, legislatura 359ª, Sesión 40ª, 3 de agosto de 2011, que aprueba Proyecto de Acuerdo solicitando la suspensión del Proceso de Consulta impulsado por el Gobierno.

como sujeto colectivo de derechos. 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 factible³⁰, y aún más, requisito para avanzar cabalmente en el respeto y garantías de los demás derechos que a los pueblos indígenas les asisten.

EL DEBER DE 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. La consulta constituye un “verdadero instrumento de participación”³¹, un “diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”³². Avanzar en la garantía del derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, políticas y culturales (art. 5 Declaración y 8.2 del Convenio 169) supone dos exigencias de distinto orden: por un lado, el Estado debe respetar y proteger dicho derecho, y por otro lado, los propios pueblos indígenas deben avanzar en la dirección de indicar cuáles son las instituciones representativas que harán parte de los procesos de consulta. Este es un camino que debe ser transitado y que requiere de definiciones por parte de los pueblos indígenas.

LA CONSULTA SOBRE LA CONSULTA

El 8 de agosto de 2012, el Poder Ejecutivo dio a conocer la nueva propuesta de regulación de la consulta y partici-

pación indígena, con el fin de reemplazar el actual Decreto 124 del Ministerio de Planificación (25 de septiembre de 2009)³³ y regular el deber de consulta de acuerdo al art. 6 del Convenio 169 de la OIT.

Si bien de acuerdo a la información proporcionada por el Gobierno la misma será sometida a conocimiento de los pueblos interesados para “...así poder recibir sus observaciones y sugerencias, logrando finalmente un reglamento de consulta consensuado según los más altos estándares internacionales en la materia” (CONADI, 2012), esta no se ha verificado aún. De conformidad a lo recomendado por el Relator James Anaya y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, debe crearse de manera concertada con los pueblos indígenas “[u]na legislación que regule el derecho a la consulta previa de conformidad con el Convenio No 169 de la OIT y las recomendaciones pertinentes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR–, para que se celebren todas las consultas previas de una manera que respete el consentimiento libre y fundamentado [...]”³⁴. No hay antecedentes que permitan conocer en qué medida se ha cumplido hasta el momento con este requisito, ni cómo se cumplirá con el mismo en las etapas sucesivas.

En relación con el contenido de la propuesta gubernamental, ella no satisface los estándares internacionales en varios aspectos de relevancia, y requiere ser mejorada sustancialmente. Dentro de las debilidades que se advierten, una se refiere a que, en tanto un Decreto Supremo sólo puede vincular a la administración centralizada, quedan otros órganos sin regular; cuando la consulta representa un deber para todo el Estado y no sólo para ciertos órganos.

Uno de los ámbitos que ha generado mayores controversias entre el Estado y los pueblos indígenas es el de los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. La propuesta gubernamental contradice los compromisos

30 Ver nota al pie n° 15.

31 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009, párr. 23.

32 CEACR: Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos indígenas y tribales, Bolivia, 2005, párr. 6.

33 El INDH ha destacado los defectos sustantivos del decreto vigente. El principal es, sin duda, la falta de participación indígena en su elaboración, y que consagra un procedimiento que se limita a “escuchar y considerar” las opiniones de las organizaciones indígenas reconocidas por ley, alejándose y rebajando los estándares internacionales (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010).

34 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones Finales (Colombia) CERD/C/COL/CO/14; 28 de agosto de 2009, párr. 20.

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 como se verá a continuación disminuye los estándares en esta materia.

Respecto de las medidas a ser consultadas la propuesta diferencia entre aquellas de carácter legislativo y las de naturaleza administrativa. Respecto de las primeras propone consultar las ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, desconociendo que se debe someter a consulta todo aquello que sea efectivamente susceptible de afectar a un pueblo directamente. En este sentido, el Congreso debe realizar procesos de consulta durante la tramitación parlamentaria, a los fines de garantizar la posibilidad de participar de la discusión a lo largo de todo el proceso de producción normativa. En materia administrativa, la propuesta entrega al órgano de la administración responsable de la medida, junto con la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, “evaluar la pertinencia de iniciar un proceso de consulta” La norma debiera instaurar, sin perjuicio de los deberes estatales en la materia, un mecanismo de solicitud por parte de las instituciones indígenas para la realización del derecho en relación a una medida administrativa. En este sentido, se debiera garantizar una instancia de reclamación y eventual impugnación de la decisión de no someter a consulta una determinada materia, de forma tal de cautelar el ejercicio del derecho.

Organizaciones indígenas han advertido las insuficiencias de la propuesta³⁵, la que no logra superar los problemas del Decreto 124 y garantizar a los pueblos indígenas la participación efectiva en los asuntos que les conciernen de acuerdo a los estándares internacionales, desafío clave para la construcción de un diálogo entre el Estado y estos pueblos.

35 Declaración pública de autoridades ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados (16 de agosto de 2012; Declaración Pública de la Alianza Autónoma de Pueblos Indígenas por el nuevo proceso de consulta sobre la consulta que mutila el Convenio 169 de la OIT; Declaración pública de la Comunidad Kawésqar residente en Puerto Edén, sobre el proyecto de Reglamento de Consulta y Participación del Convenio 169 de la OIT presentado por el Gobierno de Chile (23 de agosto de 2012).

Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

En virtud de la Reforma introducida a la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, mediante la Ley N° 20.417 publicada el 26 de enero de 2010, se creó una nueva institucionalidad ambiental compuesta por el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental –SEA– y la Superintendencia del Medio Ambiente. A su vez, se introdujeron modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA–, que requiere ser reglamentado. Este Reglamento debe regular la “Participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental –SEIA–”³⁶.

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.

La autoridad ambiental ha desarrollado acciones para dar cumplimiento al deber de consulta en relación con el Reglamento³⁷, no obstante ello ha sido objeto de críticas por parte de organizaciones y representantes de los pueblos indígenas (Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados, 2012) y representantes indígenas elegidos de CONADI³⁸.

36 La reforma a la Ley N° 19.300 introdujo un inciso segundo al artículo 4° que mandata que “[l]os órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

37 Servicio de Evaluación Ambiental. Oficio N° 121998/12 de 31 de octubre de 2012. Da cuenta del proceso de consulta iniciada “[a] comienzos del año pasado [...] el que concluyó en el mes de diciembre del mismo año, aun cuando en la práctica ésta se extendió hasta los primeros días de enero de este año con el objetivo de recoger de la mejor manera posible las observaciones planteadas por los pueblos indígenas”. De acuerdo con la información recibida, se realizaron 80 talleres en los que participaron aproximadamente 2.700 personas. Al mismo tiempo se realizaron 185 talleres con comunidades y representantes de los pueblos indígenas. Se analizaron 342 propuestas, 92 de las cuales proponen modificaciones que generaron “alguna modificación a la propuesta reglamentaria original”.

38 Declaración del Consejero Indígena Rafael Tuki (Observatorio Ciudadano, 2012).

De acuerdo con la información proporcionada por el Servicio de Evaluación Ambiental, el proceso de consulta llevado a cabo formó parte de la denominada Consulta sobre Institucionalidad Indígena que se inició en marzo de 2011 y culminó en septiembre del mismo año, suspendida por el Poder Ejecutivo a requerimiento de diversos actores tanto indígenas como no indígenas. El Servicio de Evaluación Ambiental, previo acuerdo con los consejeros indígenas nacionales de la CONADI (integrantes de la Comisión de Consulta), acordó que la propuesta de nuevo Reglamento del SEIA continuaría su curso de forma independiente a la Consulta sobre Institucionalidad Indígena, “con el compromiso asumido por parte del Gobierno de que una vez que se determine el mecanismo de consulta definitivo que reemplazara al DS N° 124, se estudiará la alternativa más factible en orden a definir lo siguiente: a) Incorporación del nuevo mecanismo de consulta al Reglamento del SEIA; o b) afinación del mecanismo de consulta establecido en el Reglamento del SEIA mediante una nueva consulta de acuerdo al reglamento que reemplace al DS N° 124 de MIDEPLAN”³⁹. El proceso culminó en diciembre del año pasado. Al cierre de este informe, el Servicio se encuentra elaborando el Informe definitivo sobre el proceso llevado a cabo.

El 28 de mayo de 2012, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, órgano presidido por la Ministra del Medio Ambiente e integrado por los titulares de Agricultura, Salud, Economía, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Transporte y Telecomunicaciones, Minería y Desarrollo Social, acordó pronunciarse favorablemente respecto de la dictación del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁴⁰. Ante esta situación, la Red por los Derechos de los Pueblos Indígenas y del Programa de Derechos Indígenas de la Fundación Chile 21, interpusieron un escrito de “se tenga presente”⁴¹ ante la Contraloría General de la República, que deberá tomar razón del Decreto Supremo que fija y promulga dicho reglamento, fundado en

que éste “[a]dolece de vicios que lo hacen insalvablemente nulo por haber omitido requisitos esenciales establecidos en la Constitución Política de la República de Chile y por normas internacionales de derechos humanos establecidos en el Convenio N° 169 [...]” (Red por los Derechos de los Pueblos Indígenas y Programa Indígena Fundación Chile XXI). Adicionalmente, a la fecha de redacción del presente Informe se tramita ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección interpuesto por algunas organizaciones indígenas en contra del Consejo Ministerial para la Sustentabilidad por el acuerdo aprobatorio de la propuesta de Reglamento, alegando la omisión de la consulta a los pueblos indígenas y la insuficiencia de la propuesta respecto del estándar de consulta de conformidad al Convenio 169 de la OIT⁴².

El Reglamento del SEIA debe someterse a un proceso de consulta acorde a los estándares internacionales en la materia y recepcionar los principios concurrentes a la consulta, entre ellos, que independiente de la magnitud del proyecto de inversión en tierras y territorios indígenas y siempre que sea susceptible de afectar a dichos pueblos, estos deben ser consultados⁴³. El Reglamento restringe las hipótesis en que dicha consulta resulta obligatoria para la autoridad ambiental,

39 Servicio de Evaluación Ambiental. Oficio N° 121998/12 de 31 de octubre de 2012.

40 Acuerdo N° 8/2012 en el que se pronuncia sobre el Nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

41 Escrito que expone a la autoridad contralora los déficits que a juicio de los autores del mismo representa la decisión adoptada por el órgano de la administración pública.

42 Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 19995-2012. Interpuesto el 27 de junio de 2012, por representantes de las siguientes organizaciones: Corporación Cultural Aymara Jach'a Marka Aru; Comunidad Indígena mapuche Huilliche Pepiukelen; Organización mapuche LaKu TuN; Consejo Autónomo Ayllu Sin Fronteras. Ya el año pasado, cómo se señaló en el Informe Anual 2011, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales había interpuesto un recurso administrativo de invalidación del Decreto Supremo 124 por restringir de manera inconstitucional la aplicación del convenio 169 en relación al deber de consulta (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 38).

43 El art. 15(2) Convenio 169 de la OIT al respecto señala que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Por su parte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica en su art. 31.2 que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

aplicándola solamente en los Estudios de Impacto Ambiental⁴⁴, y referido a tres casos: (i) reasentamiento de comunidades humanas, o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 11 letra c) de la ley general de medio ambiente en relación al artículo 7 del Reglamento SEIA; ii) localización en o próxima a población protegida, debiendo considerarse para tal efecto la “magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales” (artículo 11 letra de la ley N° 19.300); y iii) alteración de sitios de valor antropológico para lo cual debe considerarse la proximidad a lugares donde se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura de algún pueblo indígena (art 11 letra f) de la Ley 19.300 en relación con el artículo 1 del Reglamento. Ello deja al margen de la consulta indígena otros proyectos de inversión que no necesariamente reúnan esas características y, sin embargo, sean susceptibles de afectar a dichos pueblos.

Adicionalmente, se debe advertir un aspecto que no ha sido recogido ni en la ley ni su reglamento y es que de verificarse la hipótesis de traslado o reasentamiento es requisito la obtención del consentimiento previo de los pueblos afectados. En este sentido, se debe respetar y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales a no ser trasladados sin su consentimiento previo (art. 16.1 Convenio 169), y a obtener dicho consentimiento respecto de proyectos de alto impacto para sus formas de vida, identidad cultural y otros derechos esenciales⁴⁵, lo que debiera quedar expresamente reseñado en la propuesta de Reglamento.

44 Servicio de Evaluación Ambiental. Oficio N° 121998/12 de 31 de octubre de 2012. Pre Informe Final Procesos de Consulta Indígena sobre el Reglamento del SEIA, Guías de Procedimiento de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios. Pág. 9. Un Proyecto que ingresa al Sistema de evaluación ambiental lo puede hacer a través de un Estudio (EIA) o una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). El primero demanda un procedimiento más riguroso en la evaluación, plazos y requisitos de sustentabilidad, en atención a que se trata de casos taxativos que suponen un alto impacto socioambiental. El DIA es más flexible para el titular del proyecto, en cuanto a requisitos de admisibilidad y permisos, en cuanto supone un menor impacto socioambiental.

45 Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 332.

Consulta y Poder Legislativo

La necesidad de regular los procedimientos de consulta, como ha sido señalado por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, alcanza al Poder Legislativo, “[q]ue como han hecho notar los mecanismos de control de la OIT, usualmente no prevé[n] la inclusión de consultas del tipo contemplado por el artículo 6”⁴⁶. Ello es corolario de que las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente tienen que ser necesariamente tramitadas en el Congreso Nacional⁴⁷.

No ha habido avances en orden a que el Poder Legislativo se dote de un mecanismo permanente para cumplir con este deber. La creación en 2010 de la Comisión Especial de Pueblos Originarios, a nivel de la Cámara de Diputados, cuyo mandato vence el 15 de diciembre de 2012, no ha redundado en iniciativas concretas que permitan establecer en el Poder Legislativo un mecanismo de consulta a los pueblos indígenas⁴⁸. En el Senado de la República no se ha constituido, ni de manera permanente ni en carácter de especial, ninguna instancia que permita avanzar en dirección a cumplir con esta obligación de consulta. Ante este escenario, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara Alta reiteró este año al Presidente de la Corporación la necesidad de contar “[c]on un mecanismo que dé cumplimiento a la obligación emanada de los artículos 6° y 7° del Convenio 169 de la OIT, [...]”, sugiriendo para ello “[l]a formación de una comisión bicameral, integrada por los miembros de las Comisiones de Derechos Humanos de ambas Corporaciones. Esta propuesta establecerá un mecanismo institucionalizado, que permitirá contar con un solo proceso por cada iniciativa

46 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. 5 de octubre de 2009A/HRC/12/34/Add. 6, párr. 36

47 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. 5 de octubre de 2009A/HRC/12/34/Add. 6, párr. 43.

48 Petición de 41 diputados. Creada el 14 de septiembre de 2010. (Cámara de Diputados, 2012)

legal que tenga que ser consultada en los términos del citado tratado internacional”⁴⁹.

Durante 2012, dos casos dan cuenta de la necesidad de concretar a la brevedad un mecanismo en este nivel: el proyecto de modificación de la Ley General de Pesca y la aprobación del proyecto de reforma constitucional que modifica el art. 126 bis de la Constitución Política, sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández.

a.- Consulta y Ley General de Pesca

El 14 de diciembre de 2011 ingresó a la Cámara de Diputados el Mensaje con el que se propone modificar la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley 18.892, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal, y regulaciones y fiscalización⁵⁰. En el marco de la discusión del proyecto de ley, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados ofició al INDH con el objeto que “informe sobre el estado de cumplimiento del trámite de consulta previa, dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en la tramitación del proyecto de ley [...]”⁵¹. Al respecto, cabe señalar como antecedente que el Ministerio de Economía informó a la misma Comisión que por tratarse de una norma de carácter general no había susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas, que es la condición que el estándar del Convenio 169 exige para que proceda la consulta⁵².

En su respuesta, el INDH sostuvo que en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional chileno, dicho deber existe. Entre otras razones, por la existencia de pueblos indígenas cuyas formas de vida están directamente relacionadas con el recurso marítimo (Lafkenche, Rapanuí, Kawésqar), que forma parte de su hábitat, y que es el que se pretende regular mediante la

propuesta de reforma legislativa. El estándar en esta materia impone que tratándose de recursos naturales de los hábitats indígenas, se establezcan procedimientos de consulta con miras a “determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación [...]” (art. 15 N° 2. Convenio 169 OIT).

Esta posición fue compartida por la organización indígena “Identidad Territorial Lafkenche”⁵³ y la Comunidad indígena Kawésqar residente en Puerto Edén⁵⁴, las que han expresado al Congreso sus reparos al proceso que ha seguido la modificación de la Ley de Pesca y Acuicultura, que se centran en el incumplimiento del deber de consulta por parte del Gobierno y del Parlamento.

El proyecto se aprobó en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados (18 de Julio de 2012) y pasó al Senado sin haber sido consultado, lo que representa una infracción al Convenio 169. Por acuerdo de Comités del Senado⁵⁵ (4 de septiembre 2012), se autorizó a que la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura sesionara en regiones y realizara una consulta a los pueblos indígenas. En septiembre, la Comisión llevó a cabo reuniones en Punta Arenas, Puerto Montt, Puerto Aysén, San José de la Mariquina, Toltén, Temuco, Lebu y Coronel, en las que se escuchó la opinión de personas y organizaciones indígenas⁵⁶. A la fecha de redacción del presente Informe, el Senado aprobó en general la idea de legislar, sin haber llevado a cabo un proceso de consulta de conformidad a los estándares que el Convenio 169 exige⁵⁷.

49 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado. Oficio N° DH/36/12 de 2 de mayo de 2012.

50 Cámara de Diputados. Boletín 8091-21.

51 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Cámara de Diputados, Oficio núm. 461-2012 de 5 de julio de 2012.

52 Ver: Razones por las que el proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura (Boletín 8091-21) no requiere consulta indígena, SSV/AVP/11.06.2012.

53 El 12 de junio, una delegación de nueve dirigentes representantes de la Identidad Territorial Lafkenche expuso ante parlamentarios de distintas bancadas la importancia de que el pueblo mapuche lafkenche sea consultado y participe del proceso legislativo. .

54 Comunicado a la Comisión de Pesca y Acuicultura del Senado sobre la necesidad del cumplimiento efectivo del Derecho a la Consulta y el acceso a los recursos hidrobiológicos del pueblo Kawésqar. s/f.

55 Diario de sesiones del Senado, Legislatura 360ª sesión 45ª, 4 de septiembre de 2012.

56 Informe de la Comisión de Intereses marítimos, pesca y acuicultura del Senado de la República.

57 Sesión 56ª / 360 de 17 de Oct. de 2012. Discusión general. Aprobado en general se fija como plazo para presentar indicaciones el 29 de octubre de 2012.

En la tramitación de este proyecto de ley, el Ministerio de Economía planteó una cuestión clave en materia de consulta y que dice relación con cuándo una medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. La opinión del Ministerio de Economía contrasta con la sostenida por otras reparticiones públicas como, por ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística (INE). Dicho servicio, en relación con el Censo 2012, llevó a cabo un proceso de consulta (diciembre de 2010-junio de 2011) sobre el borrador del cuestionario del XVIII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda 2012. Una interpretación restrictiva de la noción de afectación directa conduciría a consultar únicamente aquellas preguntas específicamente dirigidas a los pueblos indígenas, en este caso, aquellas sobre pertenencia identitaria y dominio de la lengua indígena. Sin embargo, el INE optó por incluir en la consulta el borrador completo del censo, poniendo en primer lugar las preguntas directamente dirigidas a los pueblos indígenas. Esto permitió que las personas participantes se pronunciaran sobre otros aspectos que a primera vista no resultaban de evidente afectación. Así, las personas consultadas se pronunciaron ante la pregunta sobre pertenencia étnica, siendo ésta modificada de manera de permitir una respuesta adecuada para aquellos indígenas que determinan su identidad a partir de su condición de indígenas. Algo similar sucedió con la pregunta sobre religión, donde se agregó la alternativa “espiritualidad indígena” para incluir otras prácticas espirituales propias de los pueblos. Incluso más, aspectos como vivienda, pertenencia étnica, basura y reciclaje, propiedad de vivienda y sitio, servicio doméstico y situación laboral fueron modificadas en función de las observaciones hechas en el proceso de consulta. Al incluir el cuestionario completo en la consulta, la autoridad se aseguró que afectaciones no perceptibles a primera vista fueran tratadas en el proceso e incluso mejoró otros aspectos del borrador del censo.

b.- Reforma constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández

Como consecuencia de las movilizaciones llevadas a cabo por integrantes del pueblo rapanui en 2009, destinadas a regular la situación migratoria, y previo proceso de consulta, el gobierno de la presidenta Bachelet envió un Mensaje que

modifica el art. 126 bis de la Constitución Política, sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández. Por medio de esta reforma se pretendía generar mayores espacios de participación y protección del patrimonio ambiental y cultural, toda vez que dichos territorios “conforman ecosistemas frágiles y muy vulnerables, cuya protección, desarrollo y cautela requiere la adopción de una serie de acciones, tanto legislativas como administrativas, destinadas a controlar de mejor manera aquellos aspectos que influyen en el potencial y progresivo deterioro de los elementos en los que se sustenta su medio ambiente”⁵⁸. Ello respondía a una demanda que ya en 2003 fue recogida por el entonces Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, quien planteó que el “[p]ueblo rapanui ve amenazada su identidad debido al incremento de la inmigración en la isla y la falta de control de las autoridades tradicionales sobre las implicaciones de dichos flujos”⁵⁹.

En ese marco, el 24 de octubre de 2009 se efectuó en Rapanui una consulta destinada a conocer la opinión que el pueblo de la isla tenía acerca de la iniciativa, proceso que culminó con un acto plebiscitario que incluyó a todas las personas mayores de 18 años pertenecientes a dicho pueblo. Una amplia mayoría aprobó la opción de modificar la Carta Fundamental. En la tramitación de dicho proyecto de ley, en agosto de 2011, el Poder Ejecutivo formuló en la Cámara de Diputados una indicación sustitutiva sin consulta a los pueblos concernidos; y finalmente, el 10 de enero de 2012 se votó en el Senado una propuesta que difiere de la originalmente consultada al pueblo indígena rapanui.

La tramitación de estos proyectos revelan la importancia de que el Poder Legislativo se dote de un mecanismo permanente y adecuado a los fines de cumplir con el deber de consulta.

58 Mensaje N° 1487-357. 28 de octubre de 2009. Historia de la Ley N° 20.573 Reforma Constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández.

59 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. E/CN.4/2004/80/Add.3. 17 de noviembre de 2003. Resumen, pág. 3.

Consulta y Poder Judicial

La Corte Suprema ha emitido algunos fallos tendientes a establecer el deber de consulta de conformidad al Convenio 169 de la OIT⁶⁰, y ha sostenido, en el marco de la vista de acciones de protección de garantías constitucionales, que los proyectos de inversión en tierras indígenas deben realizarse previo Estudio de Impacto Ambiental y la consulta efectuarse de acuerdo al estándar estipulado en el citado Convenio. Es el caso del proyecto “Parque Eólico Chiloé” (marzo de 2012) en que la Comunidad Indígena Antu Lafquén de Huentetique impugnó la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos que calificó favorablemente una Declaración de Impacto Ambiental. En dicho fallo, la Corte Suprema resolvió que tal resolución devino en lesión a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, “porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas”⁶¹. Sostuvo igualmente que la consulta indígena no se satisface con la sola transmisión de información a las comunidades y pueblos, discutiendo sobre la posibilidad que los pueblos concernidos puedan influir efectivamente en las decisiones que los afecten, “[c]on el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”⁶². Al ver el recurso deducido contra el Proyecto de Sondaje Prospección Panguanta (Tarapacá), la Corte Suprema sostuvo, en marzo de este año, similares argumentos⁶³. Otro fallo en esa dirección lo representó el “Caso El Morro”⁶⁴, en donde la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada de 17 de febrero de 2012 dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

No obstante los fallos mencionados, hay casos en que la Corte Suprema no establece el deber de consulta. Fue la situación de la “Línea de Transmisión Melipeuco-Freire”⁶⁵ (junio de 2012), por el que se revocó la sentencia pronun-

ciada por la Corte de Apelaciones de Temuco⁶⁶ que había resuelto favorablemente la petición de la asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipén y otras, para dejar sin efecto una autorización ambiental.

La Corte de Temuco sostuvo que el proyecto debió haber sido sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no mediante una Declaración⁶⁷, ya que el proyecto se emplaza en un espacio que afectaría a lo menos a siete sitios del Territorio Maile-Allipén, incluidos territorios de significación cultural y religioso. A pesar de lo sostenido por los jueces de Temuco, la Corte Suprema revocó el fallo apelado, en consideración a que “los recurrentes no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida. De ello se sigue que el reproche de ilegalidad fundado en la omisión de este deber de consulta dispuesto por el mencionado Convenio también ha de ser desestimado”⁶⁸.

Los fallos analizados este año dan cuenta de la judicialización del deber de consulta, especialmente asociada a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas, así como de una ausencia de uniformidad de la jurisprudencia en estos temas.

TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido un sólido marco normativo destinado a amparar la especial significación que tiene para los pueblos indígenas su relación con las tierras, territorios y recursos naturales.

60 Corte Suprema. Rol 259-2011. 13 de julio de 2011. Caso San Pedro de Atacama.

61 Corte Suprema. Rol N°10.090-2011. 22 de marzo de 2012. Considerando Noveno.

62 *Ibidem*. Considerando Octavo.

63 Corte Suprema. Rol N° 11040-2011. 30 marzo de 2012.

64 Corte Suprema. Rol N° 2211-2012. 27 de abril de 2012.

65 Corte Suprema, Rol N° 1602-2012. 8 de junio de 2012.

66 Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 349-2011. 20 de enero de 2012.

67 De conformidad a Ley N° 19.300, los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 de la referida ley, sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental (art. 8). El titular de todo proyecto o actividad que deba ser sometido a evaluación de impacto ambiental, deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según corresponda (art.10). De esta manera y en términos generales, un EIA procede respecto de proyectos de alto impacto socioambiental (art. 11). Mientras que la DIA es exigible respecto de proyectos estimados por la ley de menor significancia. Las diferencias son sustanciales en términos de procedencia obligatoria, estudios de impacto, procedimientos, plazos, requisitos y efectos, siendo más intenso el control respecto de un EIA.

68 Corte Suprema, Rol N° 1602-2012. 8 de junio de 2012. Considerando octavo.

Tanto el Convenio 169 como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas imponen obligaciones de respeto y protección que, en términos generales, se orientan a garantizar el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocuparon (art. 14.1 Convenio 169; art. 26.1 de la Declaración), debiendo los Estados desarrollar procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (art. 14.3 Convenio 169; art. 26.3). A ello se suma el reconocimiento de los procedimientos tradicionales para la transmisión de las tierras dentro de las comunidades y la exigencia de que los Estados brinden protección contra el abuso y la intrusión de terceros (OIT Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT, pág. 97).

En el marco de las obligaciones que derivan del derecho internacional de los derechos humanos está la de establecer mecanismos que al interior de los ordenamientos jurídicos permitan reconocer, restituir y proteger los derechos sobre tierras y recursos indígenas de ocupación ancestral⁶⁹.

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, las que han resultado insuficientes. 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 2009 ha restituido un total de 657.520 ha, con una inversión de aproximadamente 292 millones de dólares (CEPAL; ATM, 2012, pág. 20).

Adicionalmente se ha implementado el Programa de Desarrollo Territorial Indígena dependiente del Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), el que tiene por finalidad apoyar a “familias indígenas mediante instrumentos que busquen fortalecer sus actividades silvoagropecuarias y actividades asociadas, respetando su cosmovisión y procuran-

do optimizar, desarrollar y consolidar sustentablemente sus sistemas productivos, permitiéndoles con ello incrementar sus ingresos y mejorar su calidad de vida”⁷⁰. A 2012, dicho Programa atiende a 28.515 personas y su presupuesto es de M\$13.662.387⁷¹.

En materia de derecho territorial indígena, la Corte Suprema ha sostenido recientemente que el derecho de propiedad indígena se encuentra amparado constitucionalmente en el derecho de propiedad en sus diversas especies (art. 19. N° 24), que tratándose de tierras indígenas por su “[p]ropia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regularlas, conjuntamente con otras materias y que en la actualidad tal estatuto es la Ley N° 19.253, que se refiere a todo el régimen aplicable [...]”⁷².

La normativa nacional en esta materia tiene déficits que deben superarse. En este sentido el INDH ha sostenido que 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, el INDH ha recomendado que dicha legislación salvaguarde 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 (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011 b).

69 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add.6. 5 de octubre de 2009.

70 INDAP. Ordinario N° 068560 de 29 de octubre de 2012.

71 *Ibidem*.

72 Corte Suprema. Rol N° 3863-2012. 21 de septiembre de 2012. Considerando Octavo.

La restitución y el reconocimiento de los derechos territoriales siguen representando una de las principales fuentes de tensión entre el Estado y los pueblos indígenas, lo que expresa las insuficiencias políticas e institucionales para encarar la demanda de restitución.

Durante 2012, ello se ha reflejado en la ocupación de predios por parte de comunidades indígenas que alegan derechos ancestrales sobre sus tierras y territorios, y en ese marco de movilización, la afectación al derecho a la integridad física y psíquica de personas indígenas por el uso desproporcionado de la fuerza por parte de funcionarios policiales.

Por su parte, parceleros, transportistas y agricultores expresaron su temor por la violencia y los daños causados a la propiedad, incluidos vehículos, casas y enseres que han sido afectados por acciones de hecho. Lo más lamentable fue la muerte producto de un disparo del funcionario de la policía de Carabineros Hugo Albornoz Albornoz (2 de abril de 2012), en el marco de un allanamiento practicado en una comunidad. El INDH, a través de su Directora, se ha reunido con pequeños parceleros y agricultores de Pidima afectados por estos hechos⁷³, y ha reiterado la condena a actos de violencia que superan las legítimas demandas de comunidades e integrantes de pueblos indígenas. En ese marco, el INDH reiteró su posición en cuanto a que la protesta y la movilización social, constituyendo un elemento del desarrollo de la democracia del país, se debe ejercer de manera pacífica. En ese mismo orden de ideas, se expresó la confianza en que los órganos públicos competentes determinen las responsabilidades de estos hechos por medio de procedimientos que se ciñan estrictamente a los estándares internacionales de derechos humanos, incluido el derecho a un debido proceso.

Esta tensión ha cristalizado con especial fuerza en la Región de la Araucanía y de los Ríos. En esta última, en la localidad de Trafún, comuna de Panguipulli, las comunidades mapuche Vicente Reinahuel y Juan Painepe 2 reivindican como propias 13.000 hectáreas de tierras actualmente en posesión de la Sociedad Agrícola Las Vertientes. Dentro de los territorios reclamados se encuentra emplazada la "Pampa Sagra-

da", lugar sagrado donde se emplaza un rewe (altar sagrado), alrededor del cual se celebra la ceremonia religiosa del nguillatún. En febrero de 2012 las comunidades denunciaron que este rewe habría sido sacado de su ubicación tradicional; en los días siguientes se realizaron dos allanamientos al interior de la comunidad. Tras estos acontecimientos, la Red de Organizaciones Medio Ambientales de Panguipulli y el Parlamento de Coz Coz⁷⁴ solicitaron al INDH el envío de una misión de observación a la zona, la que se realizó el 7 y 8 de marzo⁷⁵.

En la Región de la Araucanía, la comunidad Wente Winkul Mapu, Comuna de Ercilla, reivindica unas 2.500 hectáreas en posesión de empresas forestales y de particulares (Fundo Centenario). Desde 2009, los comuneros realizan ocupaciones de predios reivindicando derechos ancestrales, lo que se ha extendido hasta el año en curso constituyendo una fuente de conflicto y violencia.

En la misma Región, la comunidad de Temucuicui (Puente de madera de Temu), Comuna de Ercilla, tiene una larga historia de reivindicaciones de sus derechos políticos, culturales y territoriales. En este marco de movilizaciones se han dado situaciones de violencia con afectación de derechos a niños y niñas mapuche que han sido representadas por la Comisión IDH⁷⁶, la que en nota pública condenó el uso desproporcionado de la fuerza por parte de carabineros⁷⁷.

Ante este complejo escenario, el Gobierno ha anunciado diversas medidas, entre ellas la creación de dos nuevas Áreas

73 Misión de Observación a la Araucanía entre el 25 y el 27 de julio de 2012.

74 El Parlamento de Coz Coz, según los testimonios del periodista Mauricio Durán y del profesional del Observatorio Ciudadano, Hernando Silva, es una organización que surge de la conmemoración de los 100 años del Parlamento de Coz Coz de 1907 y su objetivo es constituirse como una instancia de "defensa del territorio y de los derechos ancestrales de las comunidades mapuche" de Panguipulli. Entrevista con Mauricio Durán y Hernando Silva, Trafún, 7 de marzo de 2012.

75 El año 2011 se realizan ocupaciones por comuneros de Trafún, cinco mapuche fueron formalizados en octubre de 2011 por los delitos de usurpación no violenta, hurto y daños. Causa RUC 1100259614-K, RIT 314-2011 del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli.

76 CIDH. Comunicado Público de 2 de agosto de 2012.

77 Los hechos de violencia contra niños y niñas indígenas motivó a que la organización Alianza Territorial Mapuche ocupara las dependencias de UNICEF, la que luego de 39 días –2 de septiembre– depuso, tras llegar a un acuerdo para que representantes del organismo internacional se constituyan en la zona para verificar las denuncias de abusos a la infancia.

de Desarrollo Indígena (ADI⁷⁸ en Ercilla y Collipulli (Mensaje 21 de mayo 2012). En el caso de la ADI de Ercilla, el 8 de octubre de este año fue firmado el Decreto Supremo que la establece, iniciativa que habría sido respaldada por 37 de las 42 comunidades indígenas de la zona, beneficiando a 1.082 familias mapuche (Vargas, 2012).

Adicionalmente, el Poder Ejecutivo ha impulsado un plan de inversión de recursos públicos orientados a mejorar las condiciones de vida de la Región llamado "Arauco Avanza" (junio 2012) y el Plan Especial de Seguridad para la Región de La Araucanía (julio de 2012), que considera ocho medidas adicionales para reforzar el resguardo del orden público, entre las que se incluye el envío a la región de un equipo multidisciplinario del Ministerio del Interior y Seguridad Pública para evaluar ayuda y asistencia a víctimas de los atentados que han quedado en una situación de absoluta vulnerabilidad material o psicológica". Todas estas medidas debieron implementarse en el plazo de 30 días⁷⁹.

Junto con expresar su rechazo a la violencia, el INDH advierte que la construcción de una solución duradera no puede ser resuelta mediante la exacerbación del recurso punitivo, y que el derecho de propiedad de terceros y la garantía del derecho de las comunidades de ser restituidas en sus tierras ancestrales, no justifica el uso de la violencia por ninguna persona. En este sentido, la búsqueda de soluciones que permitan la armonización de los derechos en conflicto debe orientarse a facilitar condiciones que permitan un diálogo genuino entre todos los actores involu-

78 Las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) surgen a partir de la aplicación del Art. 26° de la Ley 19.253. De acuerdo a esta normativa, son espacios territoriales determinados en los cuales los órganos de la Administración del Estado deben focalizar su acción para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de origen indígena que habitan en dichos territorios.

79 Las medidas anunciadas consisten en el incremento de la fuerza policial en la zona y del equipamiento "[p]ara enfrentar la violencia, con plena coordinación y más eficaces tácticas operativas. Se incrementará la capacidad de observación y detección a distancia; se intensificará el control vehicular en la zona y se pondrá particular énfasis en la recopilación de pruebas que acompañen las investigaciones de los fiscales". Se mejorarán las instancias de coordinación Regional de las policías y se instalarán nuevas subcomisarias en la localidad de Pidima, comuna de Ercilla, y un retén en las cercanías de dicha localidad. Se crea la Unidad Permanente y Especializada de abogados para el seguimiento de querrelas criminales a nivel de la Intendencia Regional y se intensificarán el control de estas medidas cautelares personales, para que éstas se cumplan en la forma y fondo que ha establecido el respectivo tribunal (Gobierno de Chile, 2012).

crados en orden a garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Derecho al agua y pueblos indígenas⁸⁰

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que el agua constituye un recurso limitado, indispensable para vivir dignamente, y que garantizar su acceso representa una condición previa para la realización de otros derechos humanos⁸¹.

En relación con los pueblos indígenas, el Comité sostuvo la obligación de los Estados de velar por que se proteja el acceso a dicho recurso en sus tierras ancestrales⁸². Ello es consistente con el derecho de los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales con el fin de garantizar su propia estrategia de desarrollo. "Este reconocimiento es de suma relevancia, pues desde la perspectiva de los derechos indígenas el derecho al agua constituye un derecho colectivo, cuyo titular son los pueblos originarios y que forma parte del derecho esencial de los pueblos a la autodeterminación (Yáñez & Gentes, 2005, pág. 5)".

Tanto el Convenio 169 como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas desarrollan ampliamente los derechos a la tierra y sus recursos naturales, en términos de ofrecer garantías de protección y de "[p]articipación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos" (art. 15.1 Convenio 169 OIT).

En nuestro país, la Constitución garantiza que "[l]os derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos" (art. 19 N° 24 inc. final). Dicha ley es el Código de Aguas⁸³ (1981), el que las define como bienes nacionales de uso público respecto de los cuales los particulares podrán constituir un derecho de aprovechamiento

80 El derecho al agua en relación a los pueblos indígenas no ha sido tratado en Informes anteriores, y en consideración a su importancia es tratado en este apartado. Ello explica que la información que se ofrece exceda el período de observación del Informe Anual 2012.

81 Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 15. El derecho al agua. E/C.12/202/11. 20 de enero de 2003, párr. 1.

82 Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 15. El derecho al agua. E/C.12/202/11. 20 de enero de 2003, párr. 16 letra d).

83 Decreto con Fuerza de Ley 1122 de 29 de octubre de 1981.

(art. 5 Código de Aguas), que otorga a los titulares el derecho al uso, goce y disposición (art. 6 Código de Aguas). El derecho de aprovechamiento de aguas se constituye por resolución judicial, con independencia de si quien lo solicita es dueño/a o no de la tierra donde está ubicada el agua.

Dada la importancia del recurso hídrico para la supervivencia de los pueblos indígenas, la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas estableció un marco normativo de carácter general y uno específico en relación a los pueblos indígenas del Norte Grande. Así se creó el Fondo de Aguas dependiente de CONADI, a los fines de “[f]inanciar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso” mediante subsidios. Los derechos de aguas adquiridos por este Fondo no pueden ser enajenados durante 25 años desde el día de su inscripción (art. 22 Ley 19.253).

De manera específica, y dada la carencia del recurso hídrico en el norte del país, la Ley 19.253 estatuyó un régimen especial de protección de las aguas de las comunidades aimara y atacameña, en cuya virtud “[s]erán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena [...] las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas”(art. 64 Ley 19.253). CONADI junto a la Dirección General de Aguas deben establecer un convenio “[p]ara la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas [...]” (art.3 Ley 19.253).

Como se puede apreciar, respecto de las aguas del Norte Grande, el legislador hace un explícito reconocimiento a los derechos ancestrales de las comunidades incluso en oposición a derechos de terceros legalmente inscritos. Sin embargo, a pesar de ello, esta zona del país es testigo de las tensiones que generan proyectos de inversión y el aumento de la concentración de dicho recurso para satisfacer la demanda de agua de la industria minera, afectando la supervivencia de pueblos que se asientan en hábitats sensibles a dichas presiones, lo que ha incidido en la destrucción de su “[a]gricultura, ganadería y economía y provocando migración masiva hacia las ciudades” (Programa Chile Susten-

table, 2010, pág. 9). Así, comunidades aymara de Cancosa (Comuna de Pozo Almonte) han denunciado los efectos del Proyecto minero Cerro Colorado, filial de la empresa BHP Billiton, en las aguas de Pampa Lagunilla (Programa Chile Sustentable, 2010, pág. 43). Lo mismo ha sido representado por comunidades de la Comuna de María Elena (Región de Antofagasta) como consecuencia de la explotación y contaminación del Río Loa por parte de CODELCO (Programa Chile Sustentable, 2010, pág. 47). El Proyecto Pascua Lama, de propiedad de Barrick Gold, está en conflicto con las comunidades indígenas diaguita del Valle del Huasco (Región de Atacama) por la destrucción de glaciares que abastecen de agua a dicho valle. Ello motivó a que las comunidades afectadas recurrieran a la Comisión IDH, la que en 2009 declaró admisible la petición contra el Estado en razón a que “[l]a ejecución del proyecto en el centro del territorio ancestral afectaría el ejercicio de sus actividades económicas tradicionales, alteraría sus costumbres y formas de vida, generaría daños ambientales en su hábitat y se les privaría de recursos naturales esenciales para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales () [y los] colocaría en situación de vulnerabilidad alimenticia y económica y, consecuentemente, amenazaría su supervivencia e integridad territorial y cultural, al poner en riesgo la totalidad del ecosistema que sustenta tales espacios territoriales⁸⁴.

En el sur, como consecuencia de la sobreexplotación forestal de monocultivos de especies exógenas (pino y eucalipto), tierras ricas en agua se han visto gravemente afectadas por la desecación de napas y aguas superficiales, constituyendo hoy un bien escaso y fuente igualmente de disputa con las empresas forestales emplazadas en territorios indígenas (Correa & Mella, 2010, pág. 299).

En relación con el recurso hídrico, la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas no ofrece garantías a la reivindicación de derechos ancestrales salvo en el caso del Norte Grande, con las dificultades que se han mencionado. Esto significa que al igual que en el caso de los derechos territoriales, la legislación nacional no reconoce derechos sin los títulos de dominio constituidos conforme al

84 Comisión IDH. Informe N° 141/09. Petición N° 415-07, Admisibilidad Caso Comunidades Agrícolas Diaguita de los Huascoalinos Vs Chile. 30 de noviembre de 2009.

Código de Aguas, desconociendo las formas de ocupación y dominio indígena que el derecho internacional de los derechos humanos consagra para estos pueblos. Adicionalmente se ha planteado que la protección que ofrece la ley en esta materia "[e]s restrictiva, ya que dispone que dicha protección es aplicable sólo a los derechos reales de aprovechamiento constituido o regularizados con cargo al Fondo de Aguas Indígenas y por un plazo de 25 años, al cabo del cual quedan liberalizados los derechos e ingresan al mercado de aguas" (Yañez & Gentes, 2005, pág. 17).

En base al derecho internacional de los derechos humanos, la exploración y explotación de recursos naturales pertenecientes al Estado en tierras y territorios sin consulta previa ni participación de las comunidades y pueblos indígenas representa una infracción al deber de respeto, garantía y protección que pesa sobre el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados. (31 de mayo de 2012). *Observatorio Ciudadano*. Recuperado el 12 de septiembre de 2012, de Denuncia por dictación de otro Reglamento cancelatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas: <http://www.observatorio.cl/node/6464>
- Aylwin, J., & Cuadra, X. (2011). *Los desafíos de la conservación en los territorios indígenas en Chile*. Temuco: Observatorio Ciudadano.
- Bengoia, J. (2007). *Historia de un conflicto. Los mapuches y el Estado nacional durante el siglo XX*. Santiago: Planeta.
- Biblioteca Congreso Nacional. (1993). *Historia de la ley N° 19.253 Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación de Desarrollo Indígena*.
- Bravo, P.V. (2010). *Los procesos de redefinición del territorio mapuche. Las políticas del Estado de Chile y los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, periodo 1990-2010*. Buenos Aires.
- Cámara de Diputados. (2012). Recuperado el 7 de noviembre de 2012, de http://www.camara.cl/trabajamos/comision_competencia.aspx?prmlID=690
- CEPAL; ATM. (2012). *Desigualdades territoriales y exclusión social del pueblo mapuche en Chile. Situación en la comuna de Ercilla desde un enfoque de derechos*. Santiago.
- CONADI. (8 de agosto de 2012). *Conadi.cl*. Recuperado el 8 de octubre de 2012, de <http://www.conadi.gob.cl/index.php/noticias-conadi/782-gobierno-entrego-a-organizaciones-indigenas-y-al-senado-la-propuesta-para-la-nueva-normativa-de-consulta-a-los-pueblos-originarios>
- Corporación Project América. (2011). *El debate pendiente. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas*. Santiago.
- Correa, M., & Mella, E. (2010). *Las razones del illkun/enojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco*. Santiago: LOM.
- Dascal, G. (2006). *Informe Final de Evaluación Programa Fondo de Tierras y Aguas Indígenas*.
- Fuente, G. d., Contreras, S., Hidalgo, P., & (editores), J. S. (2009). *Participación y nuevos desafíos políticos-institucionales*. Santiago: LOM.

- Gobierno de Chile. (24 de julio de 2012). *gob.cl*. Recuperado el 8 de noviembre de 2012, de <http://www.gob.cl/informa/2012/07/24/ministro-rodriigo-hinzpeter-anuncio-plan-especial-de-seguridad-para-la-region-de-la-araucania.htm>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011 b). *indh.cl*. Recuperado el 8 de noviembre de 2012, de Recomendaciones Acordadas en la Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/137>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012a). *Informe de Misión de Observación a Trafún*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.
- Jorge Contesse Singh, e. (2012). El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Kaluf, C. (2005). *Diversidad cultural Materiales para la formación docente y el trabajo de aula. Volumen 3*. Santiago: Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe OREALC/UNESCO.
- Kreimer, O. (21 de junio de 2012). "Autodeterminación" y "pueblos". *Su aplicación al caso Malvinas/Falklands*. Recuperado el 22 de agosto de 2012, de Página 12, sección El País: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-196862-2012-06-21.html>
- Liberona, F. (25 de septiembre de 2012). *elmostrador.cl*. Recuperado el 25 de septiembre de 2012, de <http://www.elmostrador.cl/opinion/2012/09/25/el-litio-y-los-temas-olvidados/>
- Meza-Lopehandía, M. (2010). El Convenio 169 de la OIT en el sistema normativo chileno. In *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*. Santiago: Fundación Heinrich Böll y Observatorio Ciudadano.
- Ministerio de Desarrollo Social. (9 de Agosto de 2012 b). *CONADI*. Recuperado el 12 de septiembre de 2012, de <http://www.conadi.gob.cl/images/doc-consulta/consulta2012/Propuesta%20Nueva%20Normativa%20rev%20final%2008-08-2012.pdf>
- Ministerio de Desarrollo Social. (2012 a). *Indicadores de Pobreza CASEN 2011*. Recuperado el 12 de septiembre de 2012, de Observatorio Social: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/publicaciones/2011/pobreza_casen_2011.pdf
- Observatorio Ciudadano. (26 de junio de 2012). Recuperado el 13 de septiembre de 2012, de Declaración de Rafael Tuki: <http://www.observatorio.cl/node/6695>
- OIT Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio núm. 169*.
- Programa Chile Sustentable. (2010). *Conflictos por el Agua en Chile. Entre los Derechos Humanos y las Reglas de Mercado*.
- Red por los Derechos de los Pueblos Indígenas y Programa Indígena Fundación Chile XXI. (s.f.). Recuperado el 12 de septiembre de 2012, de <https://docs.google.com/file/d/0B8wPnJHuvnILYWZtcXVHUkdONDg/edit?pli=1>
- Samaniego, Mario; Garbarini Carmen Gloria. Comp. (2004). *Rostro y fronteras de la identidad*. Temuco: Pehuén.
- Seelau, L., & Seelau, R. (2012). Implementación del derecho a la libre determinación indígena en Chile. In J. Contesse (Ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- UNESCO. (2007). *El Agua y los Pueblos Indígenas*. (M. C. R. Boelens, Ed.) París.
- Vargas, F. (8 de octubre de 2012). *emol.com*. Recuperado el 8 de noviembre de 2012, de <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/08/563660/presidente-firma-decreto-de-area-de-desarrollo-indigena.html>
- Yáñez, N., & Gentes, I. (noviembre de 2005). *Derechos locales sobre las aguas en Chile: Análisis Jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas*. Recuperado el 25 de septiembre de 2012, de <http://www.eclac.cl/drni/proyectos/walir/doc/walir52.pdf>
- Zalaquett, J. (2008). *La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Santiago: Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile.