



Documento de Trabajo N° 3

IMPLEMENTACION DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: LA EXPERIENCIA DE CHILE

**José Aylwin
Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas**

Documento presentado al Seminario de Expertos de la ONU sobre Implementación de Legislación y Jurisprudencia a Nivel Nacional relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas, Tucson, Arizona, Estados Unidos, 12-14 octubre de 2005.

La elaboración y publicación de este documento ha sido posible gracias al aporte de la FUNDACIÓN FORD.

Introducción

De acuerdo al censo del 2002, la población de Chile alcanza a un total de 15.116.435 personas, de las cuales 692.192 (equivalentes al 4.6% del total) declaró pertenecer a algún pueblo originario o indígena. De la población indígena, 604.349 (87,3% del total) se definieron como mapuche, en tanto que 87.843 (12.68% del total) se definieron como pertenecientes a otros pueblos indígenas.¹

Al igual que en otras partes del continente, los pueblos indígenas en Chile han sido objeto de políticas de asimilación cultural y despojo territorial impulsadas por las autoridades coloniales primero y por los gobiernos republicanos más tarde.

Durante el siglo XIX el estado chileno se expandió hacia los territorios hasta entonces en poder de indígenas sobre los cuales reclamaba soberanía. Así, en los años cuarenta de ese siglo ocupó los territorios de los pueblos australes, incentivando el establecimiento de estancias ganaderas de capitales europeos en las tierras de los aonikénk y los selknam. Durante la segunda mitad del mismo siglo (1879) anexó a Chile las tierras de los aymara, quechua, y lickanantay hasta entonces en poder de Perú y Bolivia. Lo mismo hizo con la isla de Pascua (1888), tierras ancestrales de los rapa nui.

Entre 1860 y 1883 ocupó militarmente el territorio hasta entonces en poder de los mapuche², en un proceso que la historiografía nacional ha denominado paradójicamente como “pacificación de la Araucanía”. Como consecuencia de dicho proceso, que obedeció al interés de los gobiernos de la época de abrir este espacio a la colonización europea, quienes allí habitaban fueron confinados en cerca de 3.000 reducciones de carácter comunal con un total aproximado de 500 mil hectáreas de un territorio original estimado en 10 millones de hectáreas. Las tierras restantes serían destinadas por el estado a la colonización extranjera o a la conformación del latifundio a través de su remate en pública subasta.

Una vez concluida la radicación, el estado promovió la individualización de las tierras mapuche, así como su posterior enajenación a no indígenas.

¹ Tales pueblos son el alacalufe (kawéskar), el atacameño (lickanantay), el aymara, el colla, el quechua, el rapa nui y el yámana (Censo de Población y Vivienda, Instituto Nacional de Estadísticas, 2002). A ello se agregan los diaguita, los que no han sido reconocidos por la ley ni por el censo. Los resultados del censo del 2002 contrastan con los del censo realizado en 1992, en que un total de 998.385 personas mayores de catorce años se auto identificaron como indígenas. Si a esa cifra se agregaba la población menor de catorce años, se llegaba a una población indígena cercana a 1.350.000, correspondiente al 10% de la población total del país.

² Los mapuche resistieron la ocupación española, logrando el reconocimiento de su autonomía política sobre sus territorios a través de parlamentos celebrados periódicamente con las autoridades hasta fines de la colonia. La importancia de los parlamentos como tratados entre naciones soberanas con implicancias legales actuales, ha sido señalada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Tratados, Sr. Miguel Alfonso Martínez (Martínez, 1999) así como por las propias organizaciones mapuche.

Leyes especiales fueron dictadas en 1927, 1930, 1931 y 1961 para estos efectos. Entre 1931 y 1971 se dividieron 832 reducciones mapuche, dando origen al parcelamiento de las tierras en hijuelas de propiedad individual. A pesar de que varias de estas leyes declararon la inalienabilidad de las tierras divididas, se estiman en al menos 100 mil has.- un quinto del total - las tierras mapuche enajenadas a no indígenas durante este período.

La política de división de tierras mapuche tuvo su auge bajo el régimen militar (1973-1990), época en que la legislación (Decretos Leyes 2568 y 2750 de 1979) promovió la parcelación en lotes individuales de las comunidades reduccionales aún remanentes. El objetivo de esta legislación era acabar con el status especial de los indígenas y de sus tierras, integrándolos al régimen común del derecho nacional.³ Producto de esta legislación se dividiría la casi totalidad de las comunidades mapuche. El minifundio al que dio origen la división de las tierras comunales incidió en el empobrecimiento de la población mapuche rural, lo que aceleró su migración hacia los centros urbanos. Este último fenómeno quedaría demostrado en el censo de 1992, que determinó que cerca del 80% de la población mapuche era urbana, mientras que sólo el 20% restante era rural.

Luego del término del régimen militar de Pinochet, en 1993 se aprobó una legislación (Ley N° 19.253) que reconoció a los indígenas un conjunto de derechos de participación, sobre sus tierras, lenguas y culturas, y derechos relativos al desarrollo. Dicho reconocimiento, como se verá a continuación, está muy por debajo de los estándares establecidos en los instrumentos internacionales que les son aplicables, entre ellos el Convenio 169 de la OIT de 1989, el que no ha sido ratificado por el estado chileno. También es inferior a aquel contenido en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países de la región. Chile, además, es uno de los pocos países de América Latina que no cuenta con un reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos en su Constitución Política (1980).

No obstante las políticas públicas impulsadas en la última década para dar implementación a la ley indígena de 1993, la situación de los derechos indígenas en Chile es crítica, y la relación del estado con los pueblos indígenas en general, y con los mapuche en particular, es de alta conflictividad. Ello se explica por las insuficiencias de dicha política, y por las limitaciones del ordenamiento jurídico chileno para dar protección a los derechos indígenas, en particular los derechos sobre sus tierras y recursos naturales, frente a la proliferación de proyectos de inversión extractivos en sus territorios ancestrales. Ello ha provocado la protesta indígena, la que ha sido enfrentada en forma desproporcionada desde los distintos poderes del estado, criminalizando sus demandas políticas y sociales. Lo anterior determina que en Chile no solo exista un cuadro grave de desprotección jurídica y desconocimiento de los derechos colectivos, hoy internacionalmente reconocidos a los pueblos indígenas, sino también numerosos

³ El artículo 1 del D.L. 2568 originalmente disponía que una vez inscritas "*las hijuelas resultantes de la división de las reservas dejarán de considerarse indígenas, e indígenas sus adjudicatarios.*"

casos de violación de derechos individuales de indígenas, que han sido objeto de preocupación internacional.

1. Marco jurídico vigente

En octubre de 1993 se promulgó la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, más conocida como “Ley indígena”. Dicha ley fue el producto de la demanda de los pueblos indígenas, en particular del pueblo mapuche, los que se rearticulan y fortalecen su organización para hacer frente a las leyes y políticas asimilatorias que fueran impulsadas durante el régimen militar.⁴

Al término del régimen autoritario diversas organizaciones mapuche, junto a las organizaciones aymara y rapa nui, levantaron un conjunto de reivindicaciones a objeto de proteger sus derechos denegados y de exigir una nueva relación con el estado y la sociedad chilena. Entre los ejes centrales de esta demanda cabe destacar el reconocimiento de su diversidad étnica y cultural, la participación de sus representantes en la conducción de la política indígena del estado, la protección legal de sus tierras y aguas, el otorgamiento de tierras fiscales o de tierras particulares adquiridas por el estado a objeto de revertir el proceso de jibarización de sus comunidades, y el apoyo al desarrollo económico y cultural de sus pueblos y comunidades.⁵

El anteproyecto de ley indígena elaborado por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas⁶ creada en 1990 se basó, en lo central, en estas reivindicaciones.⁷ Junto a este anteproyecto, el ejecutivo envió al Congreso Nacional en 1991 para su análisis un proyecto de reforma constitucional relativo a los pueblos indígenas, y un proyecto para la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, estas iniciativas no encontraron acogida en el Congreso Nacional. El proyecto de ley indígena fue aprobado en el parlamento con importantes modificaciones que debilitaron considerablemente el reconocimiento de las demandas indígenas. Las otras dos iniciativas siguen sin ser aprobadas por el Congreso Nacional a la fecha.

⁴ Durante dicho régimen (Pinochet, 1973-1990), además de los Decretos Leyes N° 2568 y 2750 (1979) antes referidos, se aprobó en 1981 el Código de Aguas (DFL 1.222) mediante el cual se permitió la concesión a privados, en particular empresas mineras, de los derechos de aguas ancestrales de los aymara en el norte del país. También se dictó en 1979 el Decreto Ley 2885 que intentó consolidar la propiedad fiscal sobre tierras ancestrales de los rapa nui en Isla de Pascua, mediante el otorgamiento a los isleños de tierras individuales.

⁵ Las demandas por autonomía política y territorial ya eran planteadas por algunas entidades mapuche, tales como la organización Consejo de Todas las Tierras (Aukiñ Wallmapu Ngulam) y el Centro Liwen.

⁶ CEPI estaba integrada por representantes tanto de gobierno como de los distintos pueblos indígenas. Los contenidos del anteproyecto elaborado por esta entidad fueron luego debatidos en comunidades y acordados en el Congreso Nacional de Pueblos Indígenas celebrado en Temuco en 1991.

⁷ El ejecutivo (Aylwin, 1990-1994) introdujo algunas limitaciones al anteproyecto de ley indígena elaborado por CEPI, en particular en materia de reconocimiento de la territorialidad indígena y en materia de derechos indígenas sobre recursos del suelo y subsuelo.

1.1. Principales contenidos de la Ley N° 19.253 de 1993

Entre los derechos reconocidos en esta ley a los indígenas, sus etnias y comunidades, destacan los siguientes:

a. Derechos políticos y participatorios

En esta materia la ley de 1993 reconoció a los indígenas su carácter de “etnia” –no de pueblo- y su derecho a agruparse en comunidades territoriales o en asociaciones funcionales (artículos 36 y 37); el derecho de estas entidades a ser escuchadas y consideradas en su opinión por los servicios de la administración del estado cuando estos trataran materias que pudiesen afectarles (artículo 34); a ser consideradas en la administración de las áreas silvestres protegidas ubicadas en áreas de desarrollo indígena (artículo 35); y el derecho a una representación minoritaria y de elección indirecta en el consejo nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena CONADI (artículo 41), órgano máximo de esta entidad encargada de la conducción de la política indígena del estado (artículo 38). Asimismo reconoció la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, como derecho, siempre que no fuese incompatible con la Constitución. En lo penal, esta puede ser considerada como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad (artículo 54).

Dadas las limitaciones de la propuesta de ley, y las modificaciones de que fue objeto en el Congreso,⁸ la participación consignada en la ley es de carácter meramente consultivo. La ley tampoco permite niveles mayores de asociatividad indígena, al no contemplar la posibilidad de constituir federaciones de asociaciones o comunidades indígenas. Todo ello obstaculizó la efectividad del derecho a la participación indígena reconocido en la ley. Los derechos políticos que reconoce son prácticamente inexistentes.

b. Derecho a la tierra y al agua

En este ámbito el énfasis de la ley estuvo puesto en el reconocimiento de las tierras indígenas, esto es, aquellas que las personas o comunidades indígenas ocupan en propiedad o posesión provenientes de títulos reconocidos por el estado a indígenas, así como aquellas que sean inscritas en el registro de tierras indígenas o declaradas como tales a futuro por los tribunales de justicia (artículo 12). La ley puso énfasis además en la protección jurídica de dichas

⁸ En materia de derechos políticos y participatorios, el Congreso debilitó su reconocimiento al considerar a los indígenas como etnias y no como pueblos (art. 1 proyecto de ley). Asimismo debilitó su organización al permitir la constitución de hasta tres comunidades indígenas legales en una comunidad territorial o cultural antigua (artículo 10 inciso 2 de ley indígena); modifica la composición del consejo nacional de CONADI (de acuerdo al proyecto de ley este estaría compuesto por once indígenas, estableciéndose que un total de ocho de sus integrantes serían designados, a propuesta de las comunidades y asociaciones indígenas, por el Presidente de la República de conformidad a un reglamento (artículo 41 proyecto ley indígena)); y elimina la figura de los jueces de paz indígenas encargados de impartir justicia de menor cuantía al interior de la comunidad (artículos 90 a 94 proyecto de ley).

tierras indígenas, disponiendo que estas no pueden ser, por regla general, enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción (artículo 13). Finalmente, estableció un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas para posibilitar la compra de predios vía subsidio o en casos de conflicto, para la adquisición o regularización de derechos de aguas, y para posibilitar el traspaso de tierras fiscales a los indígenas y comunidades que carecen de ellas (artículos 20 a 22).

Los derechos reconocidos en la ley en esta materia son muy limitados. La protección sobre las tierras indígenas es débil.⁹ No se considera el concepto de territorialidad indígena incorporado en el Convenio 169 de la OIT. Tampoco reconoce derechos sobre los recursos naturales,¹⁰ lo cual ha tenido graves implicancias en los últimos años para sus comunidades.

c. Derechos culturales

La ley reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus manifestaciones culturales –limitadas eso sí por la moral, las buenas costumbres y el orden público–, y establece el deber del estado de promover las culturas indígenas (art. 7); promueve el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas a través de, entre otros mecanismos, el impulso de los idiomas indígenas en áreas de alta densidad de población indígena; la inclusión de tales culturas e idiomas en el sistema educativo nacional; su difusión a través de los medios de comunicación; y las expresiones artísticas y culturales indígenas, así como la protección de su patrimonio material e histórico (art. 28).

La ley además contempla el desarrollo de un sistema de educación intercultural bilingüe en áreas de alta densidad indígena (art. 32), y considera la destinación de recursos para el desarrollo de un programa de becas indígenas (art. 33). Finalmente, sanciona como falta la “...*discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura*” (art. 8).

d. Derecho al desarrollo

⁹ El Congreso Nacional aumentó el plazo de duración de los contratos de arrendamiento de tierras indígenas de dos a cinco años (artículo 13 inciso 4 de la ley); autorizó en el mismo artículo la permuta de tierras indígenas por tierras no indígenas; y eliminó la obligación de CONADI de escuchar a la comunidad antes de autorizar la enajenación de tierras indígenas cuyos titulares sean personas naturales (artículo 13 b del proyecto). Además, eliminó el impedimento de trasladar a los indígenas de sus tierras, así como la necesidad de consultar a la comunidad cuando dicho traslado, en forma excepcional, se verificase (artículo 25 del proyecto de ley).

¹⁰ El Congreso eliminó la disposición que establecía que los titulares de tierras indígenas, en igualdad de condiciones con otros interesados, tendrían derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros y de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, uso de riberas, en tierras indígenas y aguas colindantes (artículo 18 del proyecto).

La ley establece la obligación de la sociedad y del estado en la promoción del desarrollo de los indígenas, sus familias y comunidades (art. 1 inc. 3). Crea un Fondo de Desarrollo Indígena cuyo objeto es financiar programas especiales dirigidos al desarrollo de las personas y comunidades indígenas a través de planes de crédito, sistemas de capitalización y subsidio. El fondo será financiado a través de recursos de la ley anual de presupuesto y la cooperación internacional, y será administrado por CONADI (art. 23). Finalmente, se establecen las denominadas "áreas de desarrollo indígena" (ADI), concibiéndolas como espacios territoriales para la focalización de la administración del estado en beneficio del desarrollo indígena. Dichas ADI deben ser declaradas por MIDEPLAN a propuesta de la CONADI (arts. 26 y 27).

2. Política impulsada por el estado chileno hacia los pueblos indígenas

2.1. Política sectorial

La legislación de 1993 generó en los pueblos indígenas expectativas de cambio en su relación con el estado y de mejorías en sus condiciones de vida material. Luego de la aprobación de la ley de 1993, muchas organizaciones mapuche, al igual que las aymara y rapa nui, participaron activamente en la puesta en marcha de CONADI y en la definición de la política pública relativa a sus pueblos.

La CONADI, como entidad encargada por ley de la conducción de la política indígena del estado, con el apoyo de diversas entidades públicas (Ministerio de Desarrollo y Planificación y su Oficina de Coordinación de Política Indígena, Educación, Salud, Bienes Nacionales, entre otros), dio impulso a una política sectorial que en algunos aspectos ha resultado en beneficios para los indígenas y para sus comunidades.

a. Derechos políticos y de participación

Entre las iniciativas impulsadas desde el estado en este ámbito destacan el apoyo a la conformación de comunidades y asociaciones indígenas consideradas en la ley. Al año 2002, se habían constituido en la región de la Araucanía (IX) un total de 1.538 comunidades y 333 asociaciones.¹¹ La constitución de estas organizaciones, si bien les permite adquirir personería jurídica y acceder a los programas públicos, no parece haber potenciado los derechos participatorios de los mapuche. Ello, por cuanto las convierte en organizaciones características de la sociedad chilena, que en nada tienen que ver con la organización tradicional indígena. Por otro lado, la conformación de una comunidad legal con un tercio de los indígenas mayores de edad y un mínimo de diez personas, tiende a fragmentar a la comunidad de tierras mapuche. En cuanto a las asociaciones, a pesar de las limitaciones establecidas en la ley para que ellas permitan la agrupación o federación de comunidades (artículo 35), muchas comunidades mapuche en diversos territorios se han valido de esta figura para dar un respaldo jurídico a sus procesos de reconstrucción territorial.

¹¹ CONADI, Temuco, 2002. Se carece de información actualizada, aún cuando fue solicitada a CONADI para la elaboración de este informe.

Siempre en relación a CONADI y a la participación indígena en esta entidad, si bien luego de su creación esta fue significativa, en los últimos años ella parece haber disminuido. Tal disminución se ha debido a distintos factores. Uno de ellos es el carácter indirecto de la elección de los integrantes indígenas del Consejo Nacional de esta entidad (designados por el Presidente de la República a propuesta de las comunidades y asociaciones indígenas (art. 41 d Ley 19.253 y Decreto Supremo N° 236 de 1999)), el que ha determinado que no siempre los representantes indígenas más votados por sus organizaciones sean designados para integrar este Consejo. Otro factor ha sido su intervención por parte del ejecutivo, a objeto de lograr su control. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de Ralco, caso en que esta instancia debía pronunciarse en relación a las permutas de tierras indígenas que darían viabilidad al proyecto.¹² Con estas intervenciones el ejecutivo ha dejado en claro que CONADI no es una institución de participación indígena, ni menos de co-gestión de la política indígena, sino más bien una agencia gubernamental bajo su control.¹³

En relación con la obligación de los organismos del estado a escuchar y considerar las opiniones de las organizaciones indígenas legales al tomar decisiones que les afecten (art. 34), la experiencia ha sido generalmente negativa. En la mayoría de los casos sus opiniones han sido escuchadas por las autoridades, pero no necesariamente consideradas al tomar decisiones sobre asuntos que afectan sus comunidades. Esto es particularmente evidente en el caso de proyectos de desarrollo públicos o privados, que han sido propuestos en años recientes en sus tierras o áreas colindantes. Las autoridades de gobierno han insistido en la necesidad de proceder con estas iniciativas, a pesar de la oposición indígena.¹⁴ La necesidad de contar con una norma regulatoria que establezca un procedimiento de consulta a las organizaciones indígenas para estas situaciones se hace evidente.

En la misma línea, no se ha considerado la participación de los indígenas al interior de las áreas silvestres protegidas que se encuentren en las ADI, así como tampoco se han regulado los derechos de uso que en ellas corresponden a las comunidades según el art. 35 de la ley.¹⁵

¹² Los mapuche que fueron designados como directores nacionales de esta entidad en sus primeros años de vida (Huenchulaf en 1994 y Namuncura en 1997), fueron destituidos por el presidente Frei dada su oposición al otorgamiento de estas permutas.

¹³ Así lo ha reconocido, por lo demás, su actual Director Nacional, Aroldo Cayún.

¹⁴ Los casos de la central Ralco, de los proyectos carreteros by pass de Temuco y de la carretera de la costa en el territorio mapuche, resultan ilustrativos en este sentido.

¹⁵ A pesar de existir 18 áreas silvestres protegidas del estado (SNASPE) relacionadas directamente con pueblos indígenas, a la fecha no se han impulsado mecanismos –más allá de aquellos de carácter consultivo- para hacer efectivo este derecho. Ello, salvo la experiencia del acuerdo suscrito entre la Corporación Nacional Forestal (CONAF) con comunidades mapuche en la región de la Araucanía y el acuerdo de gestión de una reserva nacional (Los Flamencos) con comunidades atacameñas en el norte del país.

Cabe hacer una mención a las iniciativas impulsadas desde el estado en los últimos años para evaluar las políticas existentes y elaborar propuestas sobre la materia. La participación indígena en estas instancias no ha sido siempre la esperada. Así, durante la administración de Frei (1994-2000) se crearon diversas instancias (comisión asesora en desarrollo indígena, diálogos comunales, etc.) que, si bien contaron con alguna participación indígena, no tuvieron los impactos que se esperaban en la transformación de la política pública. Durante el gobierno de Lagos se conformó a instancias de la demanda de los mapuche¹⁶, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Dicha Comisión tenía por objeto abordar la realidad pasada de los pueblos indígenas en su relación con el estado y elaborar propuestas para el establecimiento de nuevas formas de relación con los pueblos indígenas. Su integración, sin consulta previa a los mapuche, y su mandato establecido en términos muy generales, motivaron la crítica de los representantes mapuche invitados, quienes se restaron de participar en ella.¹⁷ Sus implicancias en el cambio de política gubernamental relativa a los pueblos indígenas, como veremos más adelante, han sido limitadas.

Finalmente, no se registran avances en lo relativo al ejercicio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Ello, aún cuando en el 2000 se introdujo una nueva legislación procesal penal en el país, que sustituyó el proceso escrito por uno oral, lo que habría posibilitado la introducción de modificaciones sustanciales en esta materia.¹⁸

b. Derecho a la tierra

Ha correspondido a CONADI, a través de su Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI), junto al Ministerio de Bienes Nacionales, impulsar acciones de ampliación, transferencia y regularización de tierras indígenas consideradas en la Ley N° 19.253. De acuerdo a CONADI, a agosto de 2005 se habían adquirido un total de 75.722 hectáreas.¹⁹ Junto a ello, CONADI y Bienes Nacionales habían concretado el traspaso a indígenas de 188.680 hectáreas de tierras fiscales históricamente ocupadas por ellos (art. 21 letra e), beneficiando a un total de 9.021 familias (inversión de M\$ 1.0). A ello se suma el saneamiento y la regularización de las tierras anteriormente reconocidas a indígenas por el estado,

¹⁶ Propuesta de Adolfo Millabur, alcalde mapuche de Tirúa.

¹⁷ Millabur, Raimán, Huilcamán. Tanto Raimán como Huilcamán suscribieron, con observaciones, el informe final de esta Comisión en octubre de 2003. Un conjunto de intelectuales y líderes tradicionales mapuche, agrupados en la Comisión Autónoma Mapuche (COTAM), decidió, sin embargo, incorporarse al trabajo de esta Comisión, contribuyendo con su visión al texto de su informe final.

¹⁸ La reforma solo incorporó el derecho a contar con interprete bilingüe y posibilitó la defensa gratuita de los imputados mapuche.

¹⁹ De ellas 19.271 hectáreas con una inversión de M\$ 22.9, se materializaron a través de subsidios a personas o comunidades indígenas (Art. 20 letra a), y 56.451 hectáreas con una inversión de M\$ 54.4, fueron compradas por CONADI a objeto de dar solución a problemas de tierras indígenas (tierras en conflicto art. 20 letra b), beneficiando a un total de 221 comunidades. CONADI, agosto de 2005, estadísticas facilitadas al autor, inéditas.

el que a la misma fecha alcanzó a 119.748 hectáreas, con una inversión de M\$ 660.891 beneficiando a 6.352 familias.²⁰

El total de tierras adquiridas, transferidas y saneadas a indígenas en el país entre 1994 y la fecha por la acción del estado alcanzaría a 384.150 há., gran parte de las cuales se encuentran en el territorio mapuche.²¹ Debe señalarse, sin embargo, que de estas tierras, solo 75 mil constituyen ampliación de la superficie hasta ahora en poder de indígenas, en tanto 308.428 corresponde a transferencia de tierras fiscales y regularización de tierras en poder de indígenas.

A lo anterior cabe agregar la acción de CONADI - junto a la Dirección de Aguas - en el mismo período, la que ha significado el saneamiento y la regularización de derechos de aguas a favor de indígenas, así como el desarrollo de obras de riego en beneficio de 35.510 familias indígenas.²²

Cabe valorar la acción desarrollada por CONADI y otros entes públicos desde 1993 a la fecha con el objeto de revertir la tendencia histórica a la disminución de las tierras indígenas. Las deficiencias de la política pública en esta materia, sin embargo, deben ser señaladas. La cobertura de los programas públicos de tierra aquí analizados es claramente insuficiente en relación con las necesidades de tierras indígenas, la que solo en el caso de los mapuche alcanzaría al menos a 200 mil hectáreas.²³

Este fenómeno se debe a la insuficiencia de los recursos destinados por el estado al desarrollo de esta política pública, insuficiencia que se hace más grave dado el incremento del valor de las tierras adquiridas por CONADI a través de este mecanismo, el que se habría cuadruplicado desde 1994 a la fecha. A estos problemas se unen las deficiencias de las tierras adquiridas por CONADI para asegurar el desarrollo productivo de las comunidades y personas mapuche beneficiarias, y la ausencia de programas de apoyo al desarrollo productivo en las tierras adquiridas, transferidas o regularizadas, en particular durante la década de los noventa.²⁴

Junto a lo anterior cabe agregar como problemas de la política de tierras su titulación - en muchas ocasiones - en forma individual, lesionando con ello las formas de propiedad comunitaria indígena,²⁵ y la demora en la titulación de los

²⁰ *Ibid.*

²¹ Según MIDEPLAN (2003), el total de recursos destinados en todo el país a la adquisición de tierras indígenas durante el período 1994 y 2002 alcanzó a \$ 56.519.349.197 y las tierras transferidas al patrimonio indígena a través de estos mecanismos ascienden a 255.190, siendo las familias indígenas beneficiarias de estos programas de 10.699.

²² CONADI, agosto de 2005.

²³ Edgardo Lienlaf, Director Nacional de CONADI hasta el 2002, estimaba las demandas de tierras mapuche a esta entidad en 170 mil hectáreas.

²⁴ Universidad de Chile, 2001.

²⁵ La titulación comunitaria de las tierras, si bien es demandada por muchas comunidades, limita las posibilidades de los beneficiarios de tierras de acceder a programas de apoyo al desarrollo por

predios fiscales traspasados a CONADI por Bienes Nacionales.²⁶ Finalmente, hay quienes sostienen que el traslado de comunidades desde sus tierras de origen a otras nuevas ubicadas en lugares distantes, si bien es de carácter voluntario, produce una división de la comunidad, afectando la organización e identidad de sus integrantes.

c. Derecho al desarrollo y a la cultura

La responsabilidad fundamental en estas materias correspondió inicialmente a CONADI, cuyo Fondo de Desarrollo Indígena (FDI) financió, a través de licitaciones y concursos, un conjunto de iniciativas -infraestructura y desarrollo productivo, gestión social indígena, gestión de la ADI, capacitación de dirigentes- a objeto de favorecer el desarrollo indígena.²⁷

Para el sexenio 2000-2005 el FDI ha tenido como objetivos centrales de su acción el fomento a la economía indígena urbana y rural; el apoyo a la gestión indígena; y el apoyo a estudios de preinversión para el desarrollo indígena (CONADI, Subdirección Sur, 2002).

En cuanto a las áreas de desarrollo indígena (ADI), a la fecha se han conformado, por decreto de MIDEPLAN, cinco de ellas, tres de las cuales están en el territorio mapuche, una en territorio aymara y otra en territorio lickanantay.²⁸ Entre los problemas de que hasta ahora han adolecido las ADI se encuentran la ausencia de una real participación de las comunidades, no sólo en su delimitación territorial, sino además en su gestión.²⁹ A ello se agrega el hecho de que la inversión realizada en estas áreas, al menos en sus inicios, más que inversión nueva correspondió a fondos preexistentes de los distintos organismos públicos y privados con presencia en ellas. A contar del año 2000 y 2001, CONADI y Orígenes han focalizado su acción en estas ADI, lo que habría resultado en la inyección de nuevos recursos en ellas.

En materia de derechos culturales, también CONADI, con el concurso del Ministerio de Educación, habría impulsado un conjunto de acciones con miras a promover el uso de los idiomas indígenas; diseñar un sistema

parte de los entes públicos, e incluso de obtener subsidio para la vivienda.

²⁶ Los casos de Quinquén en Lonquimay, región de la Araucanía, con 10 años de demora en la titulación, y de Chankin y Huentemo en Chiloé, región de Los Lagos, con 8 años de demora, son representativos de ello.

²⁷ Durante el período 1994-2001 se habrían invertido a nivel nacional en materia de desarrollo US\$16 millones, beneficiando directamente a más de 60 mil personas indígenas y sus respectivos grupos familiares (Urrejola, 2001).

²⁸ Área del Budi (IX Región), Alto Bío Bío (VIII Región) y Lago Lleu - Lleu (VIII Región). Las otras dos han sido constituidas en Atacama la Grande, en territorio atacameño (II Región) en 1997, y en Jiwasa Oraje, en territorio aymara (I Región).

²⁹ La necesidad de fortalecer la participación indígena en la gestión de esta ADI Alto Bío Bío fue uno de los puntos consignados en el acuerdo suscrito el 2003 entre las denunciante pehuenche y el estado de Chile en el caso de Ralco.

educativo para posibilitar el acceso de los estudiantes al conocimiento de las culturas e idiomas indígenas; promover las expresiones artísticas y culturales; proteger el patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena; y desarrollar un sistema de educación intercultural bilingüe (EIB) (CONADI, Subdirección Sur, 2003).

Junto a lo anterior, MINEDUC ha financiado un programa de becas para apoyar a estudiantes indígenas desde la educación básica hasta la educación superior. El número de becas se ha incrementado de 6 mil en 1997 a 33 mil becas el 2005. El total acumulado entre el 2000 y el 2005 asciende a 152.317 becas indígenas (MIDEPLAN, 2005).

La labor desarrollada por el estado en este ámbito ha sido claramente insuficiente. CONADI carece de un fondo específico para financiar iniciativas de educación y cultura, destinando para ello una parte menor del Fondo de Desarrollo Indígena. Algo semejante puede decirse del MINEDUC, cuyos fondos para el desarrollo de la EIB hasta antes del Programa Orígenes, eran exiguos.

La política pública en materia de desarrollo y cultura se ha visto fortalecida desde la entrada en vigencia el 2001 del Programa Orígenes. Dicho Programa cuenta con un financiamiento especial del Banco Interamericano de Desarrollo y del gobierno de Chile, que en total asciende a US\$ 133 millones.³⁰ El objetivo central de este Programa es mejorar las condiciones de vida y promover el desarrollo con identidad de los pueblos indígenas en el área rural, particularmente en los ámbitos económico, social, cultural, ambiental y jurídico.

Entre las líneas principales de acción de este Programa destacan el fortalecimiento de comunidades e instituciones públicas (incluyendo el impulso a planes territoriales de desarrollo, y capacitación indígena y de funcionarios públicos); el desarrollo productivo de comunidades indígenas (incluyendo el impulso de programas agropecuarios, de riego y forestales, entre otros); la educación intercultural bilingüe (incluyendo el apoyo a proyectos culturales y programas educativos de EIB); y la salud intercultural (incluyendo el fortalecimiento de la medicina indígena y el apoyo a los servicios de salud en áreas indígenas) (Orígenes, 2005).

El total de proyectos implementados a junio de 2005 alcanzaba a 4.332 (Orígenes, 2005). El total de comunidades, focalizadas en la I, II, VIII, IX y X regiones del país, alcanzaba a noviembre de 2004 a 642. La inversión a la misma fecha ascendía a 23 mil millones de pesos (MIDEPLAN, 2005).

Cabe reconocer el apoyo del Programa Orígenes al desarrollo indígena, en particular cuando ha aportado recursos y capacidades a propuestas de desarrollo definidas y ejecutadas por las propias organizaciones y comunidades indígenas. Son múltiples, sin embargo, las críticas formuladas a

³⁰ Este Programa es el producto de un convenio suscrito el 2001 entre el BID y MIDEPLAN por el gobierno chileno. La primera entidad aporta en calidad de préstamo un total de US\$ 80 millones para su ejecución, en tanto el segundo aporta US\$ 53 millones.

su accionar desde la perspectiva de los derechos indígenas. Entre ellas destacan la escasa participación indígena en el proceso de formulación de Orígenes; la politización partidaria de la institución; el privilegio de las comunidades legales y no de las organizaciones tradicionales indígenas o de las organizaciones territoriales como beneficiarias de este programa; la demora en la ejecución de los planes de trabajo acordados con las comunidades participantes de este proyecto, y las dificultades para hacer llegar a ellas los recursos comprometidos (Programa de Derechos Indígenas IEI UFRO, 2003). Algunas de estas críticas, como la focalización territorial del Programa en áreas indígenas, han sido recogidas por Orígenes, entidad que en el último tiempo ha impulsado el desarrollo de planes de territoriales de desarrollo indígena (36 al primer semestre de 2005), y considera la focalización territorial de su accionar para una segunda etapa de trabajo (Orígenes, 2005).

2.2. La otra política pública; la globalización económica y su impacto en los territorios indígenas

El análisis de la política pública hacia los pueblos indígenas a contar de la aprobación de la ley indígena no sería completo, sin una referencia a los esfuerzos desarrollados desde el estado chileno en los últimos años por insertar la economía nacional en los mercados globales, y a los impactos que ello han tenido para los pueblos indígenas y sus territorios.

Como consecuencia de las transformaciones impulsadas en el país desde los 80, Chile abrió su economía a los mercados internacionales, fomentando la inversión externa y las exportaciones. Dicha política, fortalecida a contar de 1990 con la legitimidad de la democracia,³¹ ha resultado en la proliferación de proyectos de inversión, tanto privados como públicos, en tierras indígenas o en aquellas que son reclamadas por sus comunidades. Las limitaciones de la legislación indígena vigente para proteger los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, así como el medioambiente afectado por estos proyectos son significativas. Las tierras indígenas pueden ser permutadas por tierras no indígenas o expropiadas por causa de utilidad pública, como la práctica lo ha demostrado. El agua, los recursos del subsuelo, los recursos del mar, entre otros, pueden ser cedidos por el estado a personas no indígenas que pueden aprovecharlos o explotarlos, aun cuando estos se encuentren dentro de tierras indígenas. Por otro lado, los estudios de evaluación de impacto ambiental (EIA) introducidos en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (N° 19.300 de 1994), no garantizan de manera adecuada la participación ciudadana e indígena.

En el caso mapuche, la expansión forestal hacia su territorio, y la construcción de la central hidroeléctrica Ralco en territorio de comunidades pehuenche, son desde la perspectiva de los derechos indígenas, las situaciones más graves.

³¹ Así los gobiernos de la Concertación (1990-2006) han firmado acuerdos de libre comercio con, entre otros países y bloques México, Canadá, la Unión Europea, y Estados Unidos. En los últimos años además Chile se convirtió en miembro del MERCOSUR, y se unió a APEC, la Conferencia Económica de Asia y del Pacífico.

La industria forestal, que produce madera y papel para mercados externos, ha experimentado un enorme crecimiento en los últimos treinta años, adquiriendo 1.5 millones de hectáreas en esta parte del país, muchas de las cuales son reclamadas por los mapuche. Parte importante de estas tierras han sido forestadas por sus actuales propietarios - compañías madereras- con especies exóticas de crecimiento rápido (pino radiata y eucalyptus) (CONAF, 2002) con subsidio estatal.³² Dichas plantaciones han rodeado las comunidades mapuche, impactando no solo su paisaje, sino también su flora y fauna y la calidad de las tierras, afectando además los cursos del agua, la mayoría de los cuales se han secado. Como consecuencia de lo anterior, muchos indígenas han debido dejar sus comunidades para buscar empleo en los centros urbanos.

Las comunidades afectadas por esta industria reclaman derechos de propiedad sobre estas tierras. Algunas de estas tierras han sido adquiridas para los indígenas por la CONADI. La mayor parte de ellas, sin embargo, no les han sido restituidas debido a las limitaciones de los fondos disponibles. Las empresas forestales, en particular aquellas de capitales chilenos, han sido en general renuentes a acoger las reclamaciones del pueblo mapuche, alegando el predominio de sus derechos propietarios por sobre los títulos originales de los mapuche.

El proyecto hidroeléctrico Ralco, ejecutado desde los noventa por Endesa Chile - filial de Endesa España - con el aval del estado, en el Alto Bío Bío, en el territorio ancestral de los mapuche pehuenche, resultó en la inundación de 3.500 hectáreas habitadas por los pehuenche y en la relocalización de alrededor de 500 integrantes de sus comunidades.

Resistido por las comunidades pehuenche afectadas, las que desde temprano manifestaron su oposición a su construcción, el proyecto se impuso a través de la acción concertada del estado y la empresa.³³

Como consecuencia de lo anterior, cinco mujeres pehuenche entablaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando la violación de sus derechos, entre ellos la vida y la propiedad, llegando a un acuerdo con el estado chileno el 2003. En dicho acuerdo este asumió una serie de compromisos, incluyendo la compensación material a las denunciadas, la restitución de tierras, el fortalecimiento de la participación de los pehuenche en su propio desarrollo, y el impulso de procesos de entendimiento y diálogo con los pueblos indígenas para introducir una reforma constitucional para el reconocimiento de sus derechos y para la ratificación del Convenio 169 de la OIT. A la fecha de la inauguración de la central el 2004,

³² DL. 701 de 1974. Dos empresas chilenas, Arauco y Mininco, concentran el 75 % de las plantaciones. Esta última tiene más de 350.000 hectáreas forestadas, la mayor parte en territorio mapuche.

³³ Mientras el estado removió a los funcionarios públicos que cuestionaron este proyecto, y toleró la estrategia de hechos consumados utilizada por ENDESA para avanzar en la construcción de una obra que no contaba con las autorizaciones exigidas por la ley, la empresa utilizó la maquinación y el dinero para debilitar la oposición pehuenche a Ralco.

estaba pendiente el cumplimiento por el estado de la mayoría de estos compromisos.³⁴

En el caso de los pueblos indígenas del norte del país (aymara, quechua, lickanantay, coya y diaguita), la actividad que ha tenido un mayor impacto ha sido la minería, la que ha experimentado un importante desarrollo en los últimos años. Así, capitales internacionales y del propio estado chileno (Corporación del Cobre, CODELCO), han realizado fuertes inversiones en los últimos años en actividades de exploración y explotación de yacimientos mineros (cobre, oro y otros metales) ubicados en tierras habitadas o reclamadas por estos pueblos. La actividad minera ha resultado en la apropiación, por parte de estas empresas, de tierras y aguas ancestrales de las comunidades indígenas andinas. En el caso de las aguas, que resultan fundamentales para su sobrevivencia como comunidades agrícolas, dicha apropiación se ha producido como consecuencia del Código de Aguas (D.F.L. N° 1.222 de 1981), el que faculta al estado para otorgar en favor de los particulares un derecho real de aprovechamiento gratuito y perpetuo de las aguas.

Un caso emblemático es el de la comunidad diaguita de Huasco Alto, la que se encuentra amenazada en sus derechos territoriales por un proyecto de explotación minera, propuesto en terrenos tanto chilenos como argentinos por una empresa canadiense (Barrick Gold). El proyecto, que no ha sido consultado en forma adecuada con las comunidades afectadas, y que cuenta con el respaldo del estado chileno –que aprobó la inversión y un primer estudio de impacto ambiental–, contempla la remoción de glaciares que alimentan las aguas del río Huasco utilizado por los diaguitas y otras comunidades para sus actividades agrícolas.³⁵

Los derechos de aguas de los indígenas se han visto además afectados por la apropiación por parte de empresas sanitarias tanto de aguas superficiales como de aguas subterráneas ubicadas en sus comunidades. Son numerosos los casos de comunidades que se han visto afectadas o amenazadas en sus derechos de agua por parte de estas empresas.³⁶

³⁴ Si bien la comuna prevista en el sector Alto Bio Bio fue creada por ley, no se han establecido los mecanismos acordados para la solución de los problemas de tierras de comunidades pehuenche, para el fortalecimiento del Área de Desarrollo Indígena Alto Bío Bío y para hacer posible la participación pehuenche en la administración de la Reserva Forestal Ralco. Tampoco se han adoptado medidas tendientes al desarrollo y preservación ambiental del área y no se ha dado cumplimiento cabal a las compensaciones acordadas con las mujeres denunciantes.

³⁵ La aprobación de un segundo estudio de impacto ambiental, que modifica el proyecto original, esta aún pendiente.

³⁶ Entre los casos más emblemáticos cabe referirse aquí al de las comunidades aymara ribereñas o tributarias del río Lauca, en la región de Tarapacá, las que se han visto amenazadas por la construcción de pozos de extracción de aguas subterráneas de este río al interior del Parque Nacional Lauca; el de la comunidad atacameña de Toconce, la que fue privada de los recursos hídricos del río del mismo nombre por la empresa sanitaria ESSAN S.A., que los inscribió en su totalidad en su favor en la década de los 80; y el de las comunidades colla, cuyos derechos de agua ancestral no han podido ser regularizados, dado que las solicitudes que han presentado para estos efectos han sido objetadas por la Dirección

Debe valorarse a este respecto un reciente fallo de la Corte Suprema (4 de octubre de 2004) en favor de la Comunidad Indígena Atacameña de Toconce, de la II Región de Antofagasta. En dicho fallo, el máximo tribunal reconoció los derechos de aguas ancestrales de esta comunidad, al acoger su demanda de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales por un total de 100 litros por segundo, y desestimando así las pretensiones de la Empresa Sanitaria y de Servicios de Antofagasta ESSAN S.A., entidad a cuyo nombre figuraban inscritos los derechos cuya regularización se reivindicaba. La Corte sentó como jurisprudencia que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivadas de prácticas consuetudinarias, constituye dominio pleno por aplicación de los artículos 3 transitorio inciso 2° y 64 de la Ley Indígena. Los efectos de esta sentencia son relevantes pues permiten revertir, aunque sea parcialmente, el proceso de apropiación de derechos de aguas indígenas por terceros, verificado desde la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981.

3. La protesta indígena y la reacción estatal

La frustración indígena frente a la lentitud de las autoridades para dar respuesta a sus demandas territoriales y políticas³⁷, y frente a su falta de voluntad para frenar los proyectos de inversión ejecutados en sus tierras ancestrales, tales como el proyecto Ralco y las plantaciones forestales, llevó a muchas organizaciones, en particular mapuche, a romper con el estado y su institucionalidad en la segunda mitad de los noventa. Dicha ruptura se manifestó no tan solo en la pérdida de confianza en CONADI, sino también en el desarrollo de un conjunto de acciones de protesta social, incluyendo manifestaciones públicas, tomas de camino, acciones en contra de plantaciones forestales y ocupación de predios en conflicto.

Las reacciones desde el estado frente a las acciones de los mapuche en reclamo por sus derechos y en defensa de sus territorios, incluyendo a sus distintos estamentos (legislativo, ejecutivo y judicial), no se han dejado esperar. Así el legislativo, junto con mantener ya por más de una década su negativa a dar reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas y a ratificar el Convenio 169 de la OIT, ha exigido, a través de una comisión del Senado, la aplicación del máximo rigor de la ley en contra de los mapuche que resulten responsables de acciones delictivas en contra de la propiedad agrícola o forestal supuestamente amenazada por sus comunidades.³⁸

El ejecutivo, por su parte, ha desarrollado una política contradictoria que ha incluido, por un lado, el diálogo y la negociación con sus organizaciones y, por otro, la represión policial, la persecución judicial y la criminalización de la

General de Aguas.

³⁷ Las demandas de autonomía y control territorial han sustituido, al menos en el movimiento mapuche, aquellas de tierra y participación que fueran dominantes a la época de la discusión de la actual Ley Indígena.

³⁸ Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 2003.

demanda indígena. En el primer ámbito lo más destacable ha sido la creación por parte del gobierno del Presidente Lagos el 2001 de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. En su informe final de octubre de 2003 dicha Comisión hizo un examen crítico de la historia de la relación del estado chileno con los pueblos indígenas, reconociendo los errores de su acción, proponiendo una serie de reformas jurídicas, políticas y económicas para reparar los daños causados y para permitir el establecimiento de un nuevo trato para con estos pueblos, basado en el reconocimiento de sus derechos políticos, territoriales y culturales de carácter colectivo.³⁹

En abril del 2004, el Presidente Lagos anunció el impulso de una política de “nuevo trato”. En materia legislativa el Presidente reiteró su voluntad de reformar la constitución para dar reconocimiento a los pueblos indígenas y obtener la ratificación del Convenio 169, así como de impulsar transformaciones legislativas para establecer un Consejo de Pueblos de representación indígena, para lograr un estatuto especial para los rapa nui y el reconocimiento de derechos indígenas sobre el borde costero (Gobierno de Chile, 2004).

Sin embargo, la reforma constitucional presentada por el ejecutivo al Congreso -que fuera rechazada por esta instancia en mayo de 2005- no contiene referencia alguna a los derechos colectivos políticos, territoriales y culturales como sugiriera la Comisión Verdad.⁴⁰ Por otro lado, el proyecto de reforma legal relativo a Isla de Pascua y a los rapa nui, y el que establece un espacio marítimo costero para los pueblos originarios, están lejos de acoger los lineamientos planteados por la Comisión sobre estas materias, los que incluían el derecho de autonomía y el reconocimiento efectivo de los derechos indígenas sobre los recursos naturales.

Paralelamente, a objeto de aplacar la protesta mapuche por la apropiación de sus tierras y recursos ancestrales, y debido a la incapacidad del estado de dar respuesta sus demandas, la actual administración ha utilizado la fuerza pública, reprimiendo duramente las movilizaciones indígenas, haciéndose responsable de actos de violencia que resultan lesivos a sus derechos fundamentales.⁴¹ Junto con ello, ha jugado un rol activo en la persecución judicial de los mapuche involucrados en estas movilizaciones,

³⁹ La Comisión propuso que el estado rectifique el “trato” hasta ahora dado a los pueblos indígenas, de modo de reparar los daños que se les ha inferido en el pasado, y que dicho trato se inspire en *“el respeto, la equidad, el mutuo reconocimiento, la justicia y la dignidad de todos sus miembros”*. La Comisión recomienda perfeccionar la Constitución de modo que esta declare *“la existencia de los Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias”*; *“que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre- coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligadas por una continuidad histórica”*; y *“establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros; y que en consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas...”*. Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003, Cuerpo III, p. 127.

⁴⁰ Se reemplaza en el Artículo 1° de la CP el inciso final por el siguiente:

“... la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional”.

utilizando para ello legislación especial, como la ley antiterrorista, que vulnera el derecho al debido proceso y que ha resultado en condenas desproporcionadas e injustas en contra de varios de sus dirigentes.⁴²

Por su parte el poder judicial, en particular la Corte Suprema, ha fallado en forma reiterada en contra de los mapuche en las causas que son sometidas a su conocimiento.⁴³ Cabe valorar un reciente fallo (julio 2005) del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco que no solo desestima la acusación fiscal y gubernamental en contra de un grupo de mapuche de conformar una “asociación ilícita terrorista”, sino que define el terrorismo como un concepto que implica el “desprecio a la vida humana, propia o ajena”, disposición que no habría estado presente en la acción de los mapuche imputados en este y otros casos. Con este fallo, que reitera otro fallo absolutorio recaído en la misma causa -que más tarde fuera anulado por la Corte Suprema por vicios de procedimiento-, debería ponerse término a la utilización de la legislación antiterrorista para perseguir a los mapuche por las acciones por ellos cometidas en el marco de los conflictos de tierras en el sur del país.

La actitud asumida por los distintos poderes del estado frente a los mapuche ha contribuido a criminalizar un conflicto que, dada su naturaleza, debería ser resuelto a través del diálogo político. Se trata de un hecho constatado por el Relator de la ONU para los derechos indígenas en su informe sobre los derechos indígenas en Chile (2003), así como por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su informe sobre estos derechos en Chile (2004), los que recomiendan al estado chileno abandonar el uso de legislación de excepción para abordar las demandas de tierras de los mapuche.

Conclusión

Podemos concluir afirmando que múltiples factores obstaculizan el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas hoy en Chile. Por un lado el marco jurídico vigente, de rango legal, no garantiza un adecuado

⁴¹ Human Rights Watch y el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (2004) dan cuenta de numerosos casos de malos tratos y brutalidad policial durante allanamientos a comunidades indígenas o en movilizaciones. También se reportan casos de tortura, así como un caso de muerte a manos de Carabineros; el del menor de 17 años Alex Lemún, fallecido el 2002 como consecuencia de un proyectil disparado por un integrante de esta entidad.

⁴² Solo en la región de la Araucanía, son cerca de 300 los mapuche que han sido acusados ante la justicia a contar del año 2000 por acciones vinculadas a los conflictos por tierra que involucran a sus comunidades. De estos, al menos un 10% han sido acusados de cometer delitos terroristas sobre la base de legislación que data de tiempos del gobierno militar, la que ha sido cuestionada desde la perspectiva de los derechos humanos por cuanto permite el uso de testigos sin rostro que debilitan el derecho a la defensa, posibilita largos períodos de prisión preventiva, y establece condenas que duplican las del Código Penal. El gobierno se ha hecho parte en estas causas para adherir a la acusación fiscal (Programa de Derechos Indígenas IEI UFRO, 2003).

⁴³ A la fecha hay 10 mapuche condenados por la justicia, en su mayoría por cometer acciones que tendrían el carácter de “terroristas”. Ello contrasta con la impunidad en que quedan los delitos cometidos por funcionarios policiales en contra de los mapuche, los que son de competencia de la justicia militar.

reconocimiento de estos derechos, en particular sus derechos políticos – autonomía, autogestión, derecho consuetudinario– y territoriales –tierra, territorio, recursos naturales–, hoy crecientemente aceptados en el derecho comparado e internacional en el contexto americano.⁴⁴ La insuficiencia de este marco legislativo adquiere particular gravedad en el caso chileno, donde durante los últimos años se ha verificado un proceso de expansión de la economía global hacia los territorios indígenas, resultando – como se señalara – en la proliferación de proyectos de inversión extractivos que afectan los derechos sobre sus tierras, recursos naturales y culturas. Así, los pueblos indígenas carecen de herramientas jurídicas para oponerse a estos proyectos, o para asegurar su beneficio cuando consientan en su materialización.

Otro factor que obstaculiza un ejercicio más efectivo de los derechos indígenas en el país, es la inexistencia, salvo en casos excepcionales –como el de la comunidad atacameña de Toconce– de una jurisprudencia de los tribunales de justicia que permita interpretar los derechos legalmente reconocidos en su favor.

Estos derechos también se ven afectados en su ejercicio por las insuficiencias y contradicciones de la política impulsada desde el estado hacia los pueblos indígenas. En efecto, los esfuerzos impulsados por el estado desde CONADI y otros entes públicos, a fin de implementar la normativa de la Ley Indígena en materia de tierras, desarrollo y cultura indígena, entre otras, si bien deben valorarse, resultan muy insuficientes en recursos y cobertura para garantizar su ejercicio creciente por parte de los pueblos y comunidades indígenas, como antes se ha señalado.

Finalmente, esta política pública sectorial resulta claramente contradictoria con los esfuerzos desarrollados desde el estado por incorporar a los pueblos indígenas y a sus comunidades, muchas veces contra su voluntad, a un proyecto globalizador, que no respeta su derecho a decidir sus opciones de desarrollo, ni tampoco sus tierras, recursos naturales y culturas. Junto con lo anterior, la protesta indígena frente a esta realidad, ha resultado en procesos de criminalización que involucran a los distintos poderes del estado, incluyendo al ejecutivo, y que resultan lesivos de los derechos básicos de los indígenas.

Lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003), así como las recomendaciones formuladas por el Relator de la ONU para los derechos indígenas (2003) para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el estado y en la sociedad chilena. Mientras ello no ocurra, se mantendrá la situación de desprotección de derechos indígenas que ha sido característica de los últimos

⁴⁴ Tal reconocimiento internacional no solo está contenido en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por 11 estados de la región, sino también en los proyectos de Declaración Americana y de la ONU sobre derechos indígenas. Los derechos contenidos en tales instrumentos, aún en aquellos no aprobados, han sido aceptados por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de un sistema de interpretación evolutiva, como principios legales generales internacionales actualmente vigentes dentro del sistema interamericano, y por lo tanto aplicables a los estados de la región (*Awasi Tingni vs. Nicaragua* (2001) y *Dann vs. Estados Unidos* (2002)).

años en Chile y, muy posiblemente, la situación de conflicto entre sus comunidades y el estado.

Bibliografía

Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas*, 2003. Disponible en <http://www.gobierno.cl/verdadhistorica/indice.html>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Consejo Económico, Social ONU), *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales del*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Chile, E/C.12/1/Add.105, 01 de diciembre de 2004.

CONADI, (Subdirección Nacional Sur), *Informe de gestión año 2002*, inédito.

-----, *Información sobre Fondo de Tierras Indígenas*, 2005, inédito, facilitado al autor.

Gobierno de Chile, *Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas* (Palacio de la Moneda, 16 de abril de 2004), Maval, Santiago, 2004.

Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, *Indebido Proceso. Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los Mapuche en el sur de Chile*, 2004. Disponible en www.observatoriodechosindigenas.cl

Instituto Nacional de Estadísticas, *Censo de Población y Vivienda*, 2002.

Martínez, Miguel, *Estudio sobre los Tratados, Convenios y Otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas (Informe Final)*, Naciones Unidas, Consejo Económico Social, E/CN.4/Sub.2/1999/20 22 de junio de 1999.

MIDEPLAN, *Política Indígena del Gobierno de Chile*, abril 2003, inédito.

-----, *Informe I Recomendaciones Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas Chile*, febrero 2005 (Respuesta a Informe Relator ONU sobre derechos indígenas, inédito).

Programa de Derechos Indígenas (IEI UFRO), *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile*, Santiago, Lom Editores, 2003.

Programa Orígenes, *Informe de Avance Primer Semestre 2005*. Septiembre 2005, inédito.

Senado, *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*, Boletín N° S 680-12 (9 julio 2003).

Stavenhagen, Rodolfo, (Relator Especial ONU), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Misión a Chile*, ONU, Consejo Económico Social, E/CN.4/2004/80 Add.3, 17 de noviembre de 2003.

Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería Industrial, *Evaluación en Profundidad del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de CONADI*, 2001, inédito.

Urrejola, Antonia, *Logros Política Indígena de los Gobiernos de la Concertación*. Documento inédito presentado a la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2001.