



**UNIVERSIDAD DE CIENCIAS
EMPRESARIALES Y SOCIALES**

Maestría en Diplomacia y Política Exterior
Promoción 2018-2019

**“Política del segundo gobierno de Michelle Bachelet (período
2014-2018) en relación con el pueblo *mapuche*”**

Tutor de tesis: Dr. Santiago Deluca

Judit Tost Benavides

ÍNDICE

ÍNDICE	2
GLOSARIO	5
1. CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Tema	6
1.2. Problema	6
1.3. Justificación	7
1.4. Objetivos	8
1.4.1. Objetivos generales	8
1.4.2. Objetivos específicos	9
1.5. Presentación de marcos y antecedentes	9
1.6. Presentación de herramientas y criterios metodológicos	10
1.7. Presentación de principales resultados	10
1.8. Organización del trabajo	11
2. CAPÍTULO 2. MARCOS CONCEPTUALES	14
2.1. Marco histórico	14
2.1.1. Los procesos históricos que han configurado la situación actual de las demandas territoriales <i>mapuche</i>	14
2.1.1.1. Período precolombino	14
2.1.1.2. Período colonial	15
2.1.1.3. Período republicano	17
2.1.1.4. La Reforma y Contrarreforma Agraria	19
2.1.1.5. Inicio de la democracia: el Acuerdo de Nueva Imperial y la Ley N° 19.253	20
2.1.2. Caso Ralco: la inefectiva protección jurídica que otorga la Ley Indígena a las tierras de los pueblos originarios	25
2.2. Marco legal	28
2.3. Marcos conceptuales	30

3. CAPÍTULO 3. MARCO METODOLÓGICO	31
3.1. Tipo de investigación	31
3.2. Unidad de análisis	31
3.3. Variables	31
3.4. Técnica de investigación	31
3.5. Procedimientos	32
4. CAPÍTULO 4. POLÍTICAS PÚBLICAS DEL GOBIERNO DE BACHELET EN RELACIÓN CON LOS PUEBLOS ORIGINARIOS (PERÍODO 2014-2016)	33
4.1. Programa de Gobierno Michelle Bachelet para el período 2014-2018	33
4.2. Informe de la Comisión Asesora Presidencial de la Araucanía	35
4.3. El proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas (11 de enero de 2016)	38
4.4. El proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas (11 de mayo de 2016)	41
5. CAPÍTULO 5. POLÍTICAS PÚBLICAS DEL GOBIERNO DE BACHELET EN RELACIÓN CON LOS PUEBLOS ORIGINARIOS (PERÍODO 2017-2018)	51
5.1. El Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas (21 de agosto de 2017)	51
5.1.1. Pilar 1: Deber de los Estados de proteger los derechos humanos	53
5.1.2. Pilar 2: Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos	58
5.1.3. Pilar 3: Acceso a mecanismos de remediación	61
5.2. El proyecto de Ley que crea el Plan Especial de Inversiones para el Desarrollo Regional y Territorial de la Región de la Araucanía (3 de octubre de 2017)	65
5.3. La reforma del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (26 de octubre de 2017)	69
5.4. El proyecto reforma constitucional (6 de marzo de 2018)	73
6. CAPÍTULO 6. LA LEY ANTITERRORISTA Y SU APLICACIÓN A MIEMBROS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	82
6.1. Las falencias de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad	82
6.1.1. Problemas de tipo penal	84
6.1.2. Problemas de tipo procesal	87

6.1.2.1. Detención inicial	87
6.1.2.2. Secreto de la investigación	88
6.1.2.3. Prisión preventiva extensa	89
6.1.2.4. Testigos protegidos	91
6.2. Condena de la Ley Antiterrorista por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014)	93
6.2.1. Violación del principio de legalidad	94
6.2.2. Violación de las garantías procesales	95
6.2.2.1. Derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial	95
6.2.2.2. Uso de testigos protegidos	96
6.2.2.3. Derecho a recurrir el fallo	97
6.3. El proyecto de Ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal (3 de noviembre de 2014)	98
7. CAPÍTULO 7. ANÁLISIS Y RESULTADOS	106
8. CONCLUSIONES	110
9. BIBLIOGRAFÍA	111
9.1. Referencias	111
9.2. Textos normativos	118
9.3. Jurisprudencia	120

GLOSARIO

- (1) **CEPI:** Comisión Especial de Pueblos Indígenas.
- (2) **CNPI:** Consejo Nacional de Pueblos Indígenas.
- (3) **CODELCO:** Corporación Nacional del Cobre de Chile.
- (4) **Comisión IDH:** Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- (5) **CONADI:** Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
- (6) **CONAF:** Corporación Nacional Forestal.
- (7) **CONAMA:** Comisión Nacional del Medio Ambiente.
- (8) **CORA:** Corporación de la Reforma Agraria.
- (9) **Corte IDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- (10) **CPI:** Consejos de Pueblos Indígenas.
- (11) **CVHNT:** Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.
- (12) **ENAP:** Empresa Nacional del Petróleo.
- (13) **FENTRAMA:** Federación de Trabajos del Medio Ambiente.
- (14) **INDH:** Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- (15) **LDI:** Ley de Desarrollo Indígena.
- (16) **MIDEPLAN:** Ministerio de Planificación.
- (17) **OCDE:** Organización para la Corporación y el Desarrollo Económicos.
- (18) **ODENA:** Oficina de Normalización Agraria.
- (19) **OIT:** Organización Internacional del Trabajo.
- (20) **ONU:** Organización de las Naciones Unidas.
- (21) **PAN:** Plan de Acción Nacional.
- (22) **PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- (23) **PNC:** Punto Nacional de Contactos.
- (24) **PNUD:** Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- (25) **RSEIA:** Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- (26) **SEIA:** Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
- (27) **SENAPI:** Servicio Nacional de Pueblos Indígenas.
- (28) **SEP:** Sistema de Empresas Públicas.
- (29) **SEREMI:** Secretarías Regionales Ministeriales.
- (30) **SMA:** Superintendencia de Medio Ambiente.

1. CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Tema

El presente trabajo versó sobre un análisis de la política de gobierno adoptada por el Gobierno de Michelle Bachelet, correspondiente al período 2014-2018, en relación con los pueblos indígenas. Con el mismo busqué mostrar el impacto internacional que tiene el conflicto *mapuche*, pues no se trata de un suceso meramente interno del Estado chileno, sino que también presenta una visión internacional, habiéndose pronunciado al respecto numerosos organismos internacionales. La razón por la que elegí enfocar mi análisis en el segundo Gobierno de Bachelet es debido a que se trata de un gobierno de izquierda que se “auto identificó” públicamente como pro indígena y prometió en numerosas ocasiones emprender un cambio legislativo en aras de minimizar el conflicto existente en la Araucanía.

1.2. Problema

Los *mapuches* son el pueblo originario más numeroso de Chile, abarcando demográficamente el 87.2% de la población total indígena existente en el país. Casi un millón de personas se consideran miembros de esa cultura. La sociedad chilena del siglo veintiuno no ha resuelto aún su relación con la sociedad *mapuche*, pues siguen siendo el grupo social más discriminado, pobre y marginalizado del país, el cual ha sido sometido a una política de intolerancia y conflicto que ha caracterizado largos períodos de la historia de Chile (Bengoa, 2010).

Dentro de la historia *mapuche* en Chile, destaca el Golpe Militar de 1973, el cual se caracterizó por una gran cantidad de detenidos desaparecidos y exiliados. Después de un período de gran represión, la dictadura de Pinochet el año 1978 procedió a la división de las comunidades indígenas. Durante esos años se dividieron todas las tierras comunales, entregándose a cada familia un certificado de “propiedad privada”. Esto generó que en los años ochenta, en medio de la dictadura, surgieran nuevas organizaciones y el nacimiento de una ideología que afirma la identidad *mapuche* en su etnicidad y cultura, relativamente separada de la chilena.

La transición a la democracia en Chile se desenvuelve en el sector indígena en el marco político del Acuerdo de Nueva Imperial, firmado el año 1989. Por medio de dicho acuerdo, los pueblos originarios aceptaban transitar a la democracia, y ello comportaba canalizar sus demandas

por vías institucionales y no de hecho, como “las tomas de tierras”. Por su parte, el nuevo Gobierno chileno se comprometía a reformar la Constitución de la República reconociendo la existencia de los Pueblos Indígenas de Chile y dictar una nueva legislación. En este punto, en 1990 se generaron muchas expectativas de que el nuevo proceso democrático incorporaría las demandas indígenas y abriría espacios para una nueva relación entre éstos y el Estado. Si bien hubo intentos de redacción de nuevas leyes indígenas en Chile, la expansión de las empresas forestales hacia los territorios donde habitan las comunidades abrió otro frente de enorme conflictividad (Bengoa, 2010).

El Estado chileno, ya fuera por medio de normas de derecho común como por leyes especiales, sustituyó el territorio *mapuche* por propiedades. Las características de estos títulos era que en ellos se reconocía lo efectivamente ocupado, esto es, el lugar de las viviendas y zonas de producción, pero no las zonas jurisdiccionales comunales, las cuales fueron asignadas a particulares. Así pues, en la mayoría de los títulos de propiedad concedidos no se respetaron los territorios jurisdiccionales de cada comunidad, y en la mayoría de los casos se entregó sólo una pequeña parte de los efectivamente poseídos (Aylwin, 2002).

En cuanto a la categoría de tierra, ésta pasó a asumir el carácter de fiscal en la mayoría de los casos. Pasó a asumir pues, un valor especulativo, productivo y apropiable. Toda esta situación dio lugar en 1997 a un fuerte movimiento de recuperación de estas tierras que actualmente se encuentran en posesión de terceros. Pasó a quebrarse pues, la vía institucional convenida en el acuerdo de Nueva Imperial, pues estallaron un conjunto de movilizaciones transmitiendo una base política que cuestiona la legitimidad y legalidad del Estado chileno en el territorio *mapuche*. Surgieron de este modo diversos referentes denominados “autónomos” por la reivindicación de derecho y se iniciaron un conjunto de movilizaciones sociales *mapuches* enfrentadas por parte del Gobierno chileno por medio de acciones de represión y judicialización, en pro de la consolidación del modelo unitario del Estado y la economía neoliberal. Esto es lo que se conoce como el conflicto *mapuche* actual, y dio lugar en los últimos años a numerosos casos de violencia y represión en contra de los derechos humanos.

1.3. Justificación

La presente investigación presentó varios fundamentos. En primer lugar, presentó un fundamento político en la medida en que se trata de una controversia actual de carácter político en la que se ven afectados multitud de derechos de un pueblo originario como consecuencia de la

aplicación de políticas de Estado.

Por su parte, también presentó una visión económica, pues la declaración del territorio como fiscal y la expropiación del mismo presentan una finalidad lucrativa por parte del Estado chileno, pues gran parte del territorio usurpado al pueblo *mapuche* fue vendido a particulares.

Aparte de estos dos fundamentos, también pudimos identificar un fundamento ecológico, en la medida en que las tierras *mapuches* pasan a tener un valor especulativo y empiezan a ser explotadas por medio de la instalación de hidroeléctricas, gasoductos, actividad petrolera y otros. Por último, presentó un fundamento ético o humanitario, en la medida en que se vulneran constantemente los derechos fundamentales de un pueblo originario.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivos generales

El siguiente trabajo tuvo por objeto determinar las falencias de la política adoptada por el segundo Gobierno de Michelle Bachelet respecto a los pueblos indígenas. Se pretendió poner en evidencia el incumplimiento del Estado chileno de sus obligaciones internacionales relativas al reconocimiento, resguardo y respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales del pueblo *mapuche*, entre los que se encuentran el derecho a la no discriminación, el derecho a la propiedad privada y el derecho al debido proceso.

Asimismo, la presente investigación se dispuso a establecer qué amparo internacional se está dando hoy en día a la cuestión, esto es, las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como cuáles han sido los pronunciamientos de otros organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos o Amnistía Internacional, a través de informes y recomendaciones.

1.4.2. Objetivos específicos

1. Analizar el Programa electoral presentado por Michelle Bachelet a fin de poder identificar las promesas de modificaciones legislativas e institucionales en torno a los pueblos indígenas.
2. Analizar todos los proyectos legislativos presentados durante el período lectivo objeto de estudio.
3. Evaluar la legislación antiterrorista en Chile y el uso abusivo de la misma contra integrantes del pueblo *mapuche*.
4. Estudiar pronunciamientos internacionales en relación con la aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo *mapuche*.

1.5. Presentación de marcos y antecedentes

La presente investigación presentó un conjunto de marcos históricos, legales y conceptuales. En cuanto a los antecedentes históricos, me dispuse a exponer los acontecimientos históricos de transformación y resistencia que experimentó el pueblo *mapuche* desde la invasión de las tierras por parte del Imperio Español, con la finalidad que el lector pudiera tener una mayor comprensión del origen del conflicto *mapuche*. Para ello, dividí la historia del pueblo *mapuche* en dos etapas: una primera caracterizada por la independencia política y expansión territorial del *Wall mapu* (país *mapuche*), que comprende hasta las últimas décadas del s. XIX, cuando el territorio *mapuche* y su población quedó bajo la jurisdicción chilena; y otra segunda etapa de dominación y dependencia del Estado chileno, la cual se mantiene hasta la actualidad. Además, me dispuse a exponer el Caso de la hidroeléctrica Ralco, pues el mismo constituye una pieza clave en el desencadenamiento de los reclamos de recuperación de tierras ancestrales por parte del pueblo *mapuche*, y muestra el momento en el que se produce la gran línea divisoria entre el pueblo *mapuche* y el Estado chileno.

En cuanto al marco legal, con el fin de efectuar un análisis del conjunto de proyectos de ley elaborados durante el segundo Gobierno de Michelle Bachelet, me fundamenté a nivel legal en un conjunto de tratados internacionales suscritos por el Estado chileno, así como por informes emitidos por el INDH y las Naciones Unidas. Concretamente me sustenté en la Carta de las Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Programa de Acción de Viena.

Para llevar a cabo el análisis de la Ley N° 18.314, también conocida como Ley Antiterrorista, me sustenté en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en informes emitidos por el INDH, las Naciones Unidas y la Comisión INDH; así como en la sentencia de la Corte IDH sobre el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, el cual trata en profundidad la contravención, por parte de la Ley Antiterrorista, de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Por último, los marcos conceptuales del presente trabajo consistieron en el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet para el período 2014-2018; el conjunto de propuestas legislativas formuladas por Bachelet en torno a los pueblos originarios; la Ley N° 18.314 y la sentencia de la Corte IDH -el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile- por medio de la cual se condenó la Ley Antiterrorista chilena.

1.6. Presentación de herramientas y criterios metodológicos

La presente tesis consistió en una investigación cualitativa con un enfoque crítico-social. El análisis realizado fue de tipo descriptivo, y la investigación se compuso de dos unidades de análisis: por un lado, los derechos humanos del pueblo *mapuche* vulnerados por el Estado chileno y, por otro lado, el amparo de la cuestión. En cuanto a las variables de la primera unidad de análisis, éstas fueron el derecho a la propiedad, el derecho a la no discriminación, el derecho a la integridad física y el derecho a un proceso penal justo. En relación con la segunda unidad de análisis, las variables de ésta aludieron a los informes y recomendaciones emitidas por organizaciones internacionales de las cuales forma parte el Estado chileno, así como resoluciones de tribunales internacionales.

El procedimiento empleado para la elaboración de la tesis partió de la lectura de textos normativos, proyectos legislativos, informes y recomendaciones de organismos internacionales y sentencias de la Corte IDH, entre otros. En cuanto a la modalidad de investigación empleada, ésta constituyó en una investigación documental.

1.7. Presentación de principales resultados

Los principales resultados a los que se llegó con la presente investigación fueron varios. El primero de ellos fue que el Gobierno de Michelle Bachelet no dejó ningún legado en materia de derechos indígenas. No sólo ninguna de las propuestas formuladas en su Programa de Gobierno

terminó siendo concretada en lo proyectos de Ley que presentó, sino que, además, los mismos siguen en trámite ante el Congreso Nacional de Chile. Por lo tanto, pudo determinarse que los proyectos presentados por el Gobierno de Bachelet no dieron respuesta al conflicto que se vive actualmente en la Araucanía.

Asimismo, también se llegó al resultado que la aplicación de la Ley Antiterrorista en el procesamiento de presos políticos *mapuches* implica arbitrariedades, falta de garantías y violaciones al debido proceso, convirtiéndola en un acto de discriminación.

Con todo ello, pudo determinarse que la regulación vigente en Chile vulnera los estándares internacionales en materia de derechos humanos recogidos numerosos tratados internacionales suscritos por el Estado chileno como la Carta de Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, entre otros. Los pronunciamientos de numerosos organismos internacionales como la Comisión IDH o las Naciones Unidas, así como la sentencia de la Corte IDH sobre el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, revistieron de carácter internacional al conflicto *mapuche*.

1.8. Organización del trabajo

El presente trabajo quedó estructurado en siete capítulos. En el primero de ellos me dispuse a introducir la tesis, esto es, presentar el tema objeto de estudio, el problema, la justificación y objetivos de la presente investigación, así como presentar los marcos y antecedentes, los criterios metodológicos y principales resultados a los que se arriba.

En segundo capítulo expuse los antecedentes históricos del conflicto *mapuche*, a fin de poner en contexto al lector sobre la situación que se vive en la Araucanía, pues consideré que no es posible llegar a tener una comprensión adecuada de la misma sin hacer referencia al conjunto de acontecimientos históricos que ha experimentado el pueblo *mapuche* desde la invasión de las tierras por parte del Imperio Español. En dicho capítulo hablé del período precolombino -período previo a la invasión de los españoles-, el período colonial, y el período republicano. Asimismo, hice especial mención de la Reforma Agraria de 1965 y el Proceso de Contrarreforma Agraria; el Acuerdo de la Nueva Imperial de 1989 y la Ley N° 19.253 de octubre de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas -también conocida como Ley Indígena-, vigente todavía en la actualidad. Por último, presenté el caso de la Central Hidroeléctrica Ralco, el cual fue uno de los

detonantes, a finales de los años noventa, de la ruptura de gran parte de las organizaciones *mapuche* con el Estado, dando lugar a un conjunto de acciones a través de las cuales las comunidades *mapuches* se movilizaron con el objeto de frenar los proyectos de inversión en sus tierras ancestrales. También en este capítulo expuse las leyes, tratados internacionales, informes emitidos por organismos internacionales y sentencias que sirvieron como fundamento legal de la presente tesis, así como los marcos contextuales.

En el tercer capítulo desarrollé el marco metodológico, en el que hice mención del tipo de investigación que llevé a cabo, la unidad de análisis, las variables, la técnica de investigación y los procedimientos que empleé.

El cuarto y quinto capítulo englobaron un análisis de las políticas públicas adoptadas por el Gobierno de Bachelet en relación con los pueblos originarios. El cuarto capítulo se centró el período 2014-2016, y el quinto en el período 2017-2018. Respecto al cuarto capítulo, me dispuse a analizar, en primer lugar, el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet para el período de 2014-2018, a modo de ofrecer al lector una visión general de todas las propuestas de reformas políticas, legislativas e institucionales que Bachelet se comprometió a realizar en relación con los pueblos indígenas, propuestas que he ido analizando y comentando a lo largo del presente trabajo. Proseguí con el análisis del Informe que emitió la “Comisión Asesora Presidencial de la Araucanía”, creada por la entonces Presidenta por medio de Decreto Supremo N° 1.185, en agosto de 2016, con la finalidad que la misma formulara un conjunto de protestas en relación con el desarrollo productivo regional y territorial de los pueblos indígenas, así como respecto de la participación y reconocimiento de los mismos. Asimismo, continué con el análisis del proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas [Boletín N° 10526-06], y del proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas [Boletín N° 10687-06].

Tal y como recién mencioné, en el quinto capítulo realicé el estudio cronológico de las propuestas legislativas formuladas durante el segundo Gobierno de Bachelet en relación con los pueblos indígenas. Concretamente, analicé el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas; el proyecto de Ley que crea el Plan Especial de Inversiones para el Desarrollo Regional y Territorial de la Región de la Araucanía [Boletín N° 11469-06]; la Reforma del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y el proyecto de reforma constitucional [Boletín N° 11617-07].

En el sexto capítulo me centré en observar las falencias que presenta la actual Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad -también conocida como Ley Antiterrorista-. Para ello, expuse tanto los problemas de tipo penal como procesal que presenta la misma, así como la contravención de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Al respecto, hice mención de los pronunciamientos que han realizado al respecto organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Amnistía Internacional; haciendo especial hincapié a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2014, referente al Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, en la cual se condenó al Estado de Chile por la aplicación indiscriminada de la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo *mapuche*, así como por la vulneración de las garantías procesales y los derechos humanos de los mismos. En dicha sentencia la Corte se pronunció sobre la violación, por parte de la Ley Antiterrorista, tanto del principio de legalidad como de las garantías procesales, concretamente del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, del uso restrictivo de la figura procesal de testigo protegido y del derecho a recurrir el fallo. Por último, cerré este capítulo con una exposición y análisis de las falencias del proyecto de Ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal [Boletín N° 9692-07], presentado por el Gobierno de Bachelet en noviembre de 2014.

Para finalizar, en el séptimo capítulo presenté mi análisis en relación con toda la gestión llevada a cabo por el segundo Gobierno de Michelle Bachelet respecto a los pueblos indígenas, la contravención de la misma de los estándares internacionales, así como el impacto internacional del conflicto *mapuche*.

2. CAPÍTULO 2. MARCOS CONCEPTUALES

2.1. Marco histórico

2.1.1. Los procesos históricos que han configurado la situación actual de las demandas territoriales *mapuche*

Se entiende por conflicto *mapuche* el conflicto originado a partir de los reclamos de la comunidad *mapuche* al Estado chileno, así como al Estado Argentino -en las zonas del suroeste de la Argentina-. Dichos reclamos pueden agruparse en cuatro categorías: la autonomía jurisdiccional, la recuperación de tierras ancestrales, la libertad económico-productiva y el reconocimiento de una identidad cultural. No es posible llegar a tener una comprensión adecuada del conflicto *mapuche* que se está llevando en la actualidad, así como del contexto socio ambiental en el que se desarrolla, sin hacer referencia al conjunto de acontecimientos históricos de transformación y resistencia que ha experimentado el pueblo *mapuche* desde la invasión de las tierras por parte del Imperio Español. Así pues, para poder llegar a comprender la desigualdad territorial y la exclusión social que enfrenta hoy en día el pueblo *mapuche*, debe considerarse el contexto histórico y los principales hitos en que se ha desarrollado la vida contemporánea de este pueblo desde la llegada de los conquistadores europeos, así como sus consecuentes impactos en las dimensiones poblacionales, territoriales, económicas y sociopolíticas.

Los problemas actuales a los que se enfrenta el pueblo *mapuche* son consecuencia de un conjunto de medidas sociopolíticas que fueron adoptadas por el Estado chileno, concretamente por medio de la ocupación militar de la Araucanía, eufemísticamente denominada “pacificación de la Araucanía”, así como por medio de la promulgación de un conjunto de leyes con el fin de constituir propiedad indígena, particular y fiscal en tierras *mapuche*.

Podemos dividir la historia del pueblo *mapuche* fundamentalmente en dos etapas: una primera caracterizada por la independencia política y expansión territorial del *Wall mapu* (país *mapuche*), que comprende hasta las últimas décadas del s. XIX, cuando el territorio *mapuche* y su población queda bajo la jurisdicción chilena; y otra segunda etapa de dominación y dependencia del Estado chileno que se mantiene hasta la actualidad (CEPAL, 2012).

2.1.1.1. Período precolombino

Hasta la invasión de los españoles, los *mapuches* ocupaban un extenso territorio comprendido entre lo que hoy se conoce como la zona central de Chile hasta la Isla Grande de Chiloé. Eran un pueblo política, territorial y económicamente independiente, con una estructura social compleja y flexible. La relación que mantenían con la tierra no era de propiedad, sino que de usufructo comunitario de los recursos existentes en ella. El ejercicio de este usufructo estaba determinado por un conjunto de clanes familiares o linajes liderados por un *lonko*. Estos clanes familiares o linajes, denominados *lof*, se encontraban íntimamente relaciones con el sistema económico, pues cada uno de ellos distribuía el territorio entre sus miembros (Bengoa, 1985). Los derechos sobre la tierra y los recursos estaban regulados por el *admpau*, o derecho *mapuche*. De acuerdo con el *admapu*, cada familia tenía derecho al desarrollo de sus actividades de recolección o agricultura en un determinado territorio de tipo familiar que pasaba de generación en generación y era ejercido de forma comunitaria. En dicho territorio no sólo se ejercían los derechos de caza y recolección y la práctica de agricultura a pequeña escala, sino que en él también se ejercían derechos de jurisdicción por parte del *lonko*. El *admapu* también establecía principios de tratamiento de la tierra y de los recursos, los cuales debían ser preservados para las futuras generaciones. La alianza territorial de varios *lofs* daba lugar a un *rewe*, y la de varios *rewe* a un *allia rewe*. Cada uno de estos *rewe* era autónomo política y territorialmente. La territorialidad general *mapuche* era identificada con el concepto de *Meliwixan mapu* - los cuatro puntos cardinales-, concepto que indicaba la propiedad territorial jurisdiccional global del pueblo *mapuche* (Aylwin, 2002).

Se estima que, al momento de la invasión española, la población *mapuche* alcanzaba un millón de personas, de las cuales aproximadamente más de la mitad habitaba al sur del río Bío Bío - actual Región de La Araucanía- (Bengoa, 1985).

2.1.1.2. Período colonial

La invasión española en territorio chileno tuvo lugar en 1541. El control del territorio por parte de los hispanos se intentó materializar a través de la fundación de ciudades fortificadas a lo largo del territorio chileno, de la distribución de las tierras de los indígenas a soldados españoles en

pago de servicios, y de la repartición de los indígenas a estos últimos a través del sistema de encomienda¹ (Aylwin, 2005).

No obstante su resistencia inicial, los pueblos del norte y centro de Chile terminaron por aceptar la presencia española, así como la vigencia de sus instituciones en sus territorios. Al contrario de lo que sucedió en el norte y el centro del territorio chileno, en el sur de la colonia, a pesar del establecimiento de fuertes hispanos y de la distribución de su población en encomiendas, a finales del s. XVI los *mapuches* resistieron la ocupación española (Guerra de Arauco) logrando la expulsión de los hispanos y el afianzamiento de una autonomía política y territorial sobre la Araucanía, al sur del Bío Bío, después de casi tres siglos de dominación española (Aylwin, 2002).

La independencia de los *mapuches* al sur del Bío Bío fue reconocida por la corona española por medio de un conjunto de parlamentos celebrados regularmente hasta el fin del período colonial. El más conocido de estos parlamentos fue el primero de ellos, el Parlamento de Quilín, celebrado en 1641, 91 años después del inicio de la Guerra de Arauco. Es relevante porque el mismo reconoce la independencia del pueblo *mapuche* y su territorio, la Araucanía (Aylwin, 2002). En él, los *mapuches* aceptaron la penetración pacífica en sus territorios, así como la labor de los misioneros, a cambio de la renuncia hispana a la conquista armada, reconociendo como límite la frontera natural del río Bío Bío. Esta situación que se mantuvo relativamente durante dos siglos cambió después de la independencia, con la consolidación de la República de Chile.

Asimismo, también destacan el primer Parlamento de Negrete, celebrado en 1726, en el que se reafirmó la frontera *mapuche* al sur del río Bío Bío, y el segundo Parlamento de Negrete de 1803, mediante el cual se comenzó a regular el comercio entre españoles y *mapuches* (CEPAL, 2012).

El estatus legal de los Parlamentos era el de un tratado internacional celebrado entre naciones soberanas. De la misma forma, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tratados, Miguel Alfonso Martínez, también ha sostenido que esos tratados suscritos entre europeos y pueblos indígenas consolidaron relaciones contractuales entre naciones soberanas, con implicancias legales (Aylwin, 2002).

¹ La encomienda fue una institución socioeconómica mediante la cual un grupo de individuos eran obligados a retribuir a otro en trabajo, especie o por otro medio, para supuestamente disfrutar de un bien o una prestación que hubiesen recibido. Así, existía una relación de dependencia por la que el más fuerte daba protección al más débil a cambio de comprometerse a guardar fidelidad y entregarle determinados servicios (Aylwin, 2005).

El contacto de los indígenas con los españoles, sin embargo, además de introducir importantes cambios en la cultura indígena existente hasta entonces, incidió en una fuerte disminución de la misma. Así, además de las muertes causadas por la guerra, las enfermedades traídas por los españoles -tifus, viruela y sífilis, entre otras- habrían causado, sólo en los primeros cincuenta años de contacto, la muerte de dos tercios de la población indígena de la Araucanía. Además de ello, el contacto incidió en los cambios de sus patrones de subsistencia, convirtiendo a los *mapuches* en ganaderos y comerciantes (Bengoa, 1985).

2.1.1.3. Período republicano

El inicio de la República de Chile no introdujo cambios sustanciales en la situación de los indígenas. El tratamiento que se da a los mismos durante el período republicano se inicia con la declaración de su igualdad jurídica con el resto de los ciudadanos chilenos por medio de un Decreto dictado por Bernardo O'Higgins en 1819. En este Decreto se cuestionaba la política "inhumana" aplicada por los hispanos a los indígenas, disponiendo que en adelante debían ser llamados "ciudadanos chilenos, y libres como los demás habitantes del Estado concurriendo por sí mismos a la celebración de toda clase de contratos...". Siguiendo esta política, en 1823 se promulgó una ley que disponía que se identificaran los pueblos indígenas existentes en cada provincia, así como que se midieran y se tasaran las tierras del Estado, debiendo reconocérseles a los indígenas como propiedad el territorio que poseían. A pesar de dicho reconocimiento de libertad de los indígenas y de igualdad con el resto de la población chilena, los *mapuches* siguieron viviendo por largo tiempo en sus territorios al sur del Bío Bío, manteniendo su autonomía territorial, sus autoridades y formas de vida propias (Aylwin, 2000).

Esta denominada "igualdad contractual de los indígenas" sin embargo, resultó perjudicial para los *mapuches*, cuyas tierras fueron objeto de presión. De este modo, a mediados del s. XIX empezaron a celebrarse entre chilenos y *mapuche* numerosos contratos de compraventa, arrendamiento y cesión, entre otros, por un valor muy inferior al real en perjuicio del pueblo *mapuche*. Como consecuencia de esta situación, en 1853 se dictó un Decreto en virtud del cual se puso fin a la libertad contractual de los indígenas al disponerse que la venta de sus tierras debía verificarse por medio de la autorización de autoridades de gobierno (Aylwin, 2002).

El mayor impacto se produjo cuando el Estado decidió consolidar su soberanía por medio de la incorporación de los territorios "vírgenes de la Araucanía", esto es, ocupando militarmente el

territorio *mapuche*. Este proceso fue conocido como “pacificación de la Araucanía” (CEPAL, 2012). Posteriormente, el Estado procedió a la radicación de los indígenas en reducciones por medio de la promulgación por parte del Congreso chileno de la Ley 4 de diciembre de 1866, mediante la cual se declararon fiscales las tierras de la Araucanía. Dicha ley ordenaba la división de los terrenos poseídos por indígenas, debiendo otorgárseles un Título de Merced sobre ellos². Asimismo, la misma ley establecía que las tierras debían ser vendidas por el Estado en subasta pública en lotes de hasta 500 hectáreas y destinadas al establecimiento de colonias de nacionales y extranjeros (Aylwin, 2002)³.

Dicha radicación a través de los Títulos de Merced se inició en 1833, cuando el ejército chileno ocupó militarmente el territorio *mapuche*. Entre 1883 y 1929 se establecieron 3.161 reducciones, que alcanzaron un total aproximado de 500.000 hectáreas de un territorio original estimado en 10.000 hectáreas -desde el río Bío Bío hasta la Isla Grande Chiloé-, es decir, alrededor de un 5% de su territorio original. Las reducciones del territorio *mapuche* provocaron la sedentarización forzada de los *mapuches* en espacios reducidos -un promedio de 6,18 hectáreas por persona-, forzándolos a cambiar su economía, de ganadería a agricultura de subsistencia, así como su cultura a través de la escolarización y la evangelización (CEPAL, 2012).

Esta política de división de tierras indígenas tuvo su auge en el período del gobierno militar (1973-1990), en la que se dictaron un conjunto de Decretos Ley con la intención de acabar con el estatus especial de los indígenas y de sus tierras, integrándolos al régimen común del derecho nacional. Durante este período, alrededor de 2.000 comunidades *mapuche* fueron divididas (Aylwin, 2002).

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 a los centros urbanos. Así lo demuestra el censo de 1992, que determinó que alrededor del 80% de la población *mapuche* era urbana, mientras que sólo el 20% restante era rural (Instituto Nacional de Estadísticas, 1992). Así, la demanda actual *mapuche* por recuperar sus territorios y autonomía encuentra su origen en

2 Artículo 6.- “De cada extensión o secreción de los territorios de indígenas en que el Presidente de la República mande a ejecutar la disposición anterior, se levantará un plano, en el cual se marcarán las posesiones asignadas a cada indígena, o cada reducción y las que por no haber sido asignadas se reputen como terrenos baldíos” (Congreso Nacional, 1866).

3 Artículo 3.- “Los terrenos que el Estado posea actualmente y los que en adelante adquiera, se venderán en subasta pública en lotes que no excedan de quinientas hectáreas (...) una parte de los terrenos se destinará al establecimiento de colonias de nacionales o extranjeros con arreglo a las leyes que rigen esta materia.” (Congreso Nacional, 1866).

los procesos de radicación y reducciones impulsado por el Estado chileno, que localizó de manera forzada a sus familias en un espacio ínfimo de su territorio original.

2.1.1.4. La Reforma y Contrarreforma Agraria

En el contexto de los cambios políticos y sociales impulsados en Chile en la década de los sesenta e inicios de los setenta, bajo las administraciones de Eduardo Frei M. (1964-1970) y Salvador Allende (1970-1973) empezó a desarrollarse un programa de Reforma Agraria (Instituto Nacional de Estadísticas, 1992)⁴. Si bien la primera Ley de Reforma Agraria chilena fue aprobada durante el Gobierno de Jorge Alessandri (1962-1964), se realizó una débil puesta en marcha de la misma. Pese a la debilidad de la acción gubernamental, en este período empezó a instalarse en el debate político la prioridad y urgencia de materializar una Reforma Agraria. Fue durante el Gobierno de Eduardo Frei M. cuando se pone en marcha el proceso de Reforma Agraria propiamente⁵, iniciando en 1965 el proceso de expropiación de tierras, que alcanza su momento cumbre en el conocido “Cautinazo” en 1970. Si bien la Reforma Agraria se inicia en los años sesenta, es en el Gobierno de Salvador Allende donde se reconocen las tierras usurpadas. Durante todo el gobierno de Allende, se expropiaron 152 predios a favor de comunidades *mapuche*. Lo más destacable en este período es que los *mapuches* pudieron recuperar parte sus tierras usurpadas, en su mayoría tierras antiguas y, parte de ellas, Títulos de Merced (Toledo, 2005).

A pesar de que todas las tierras no fueron expropiadas únicamente a favor de comunidades *mapuche*, sino que también a favor de otros ciudadanos y trabajadores forestales no indígenas, la presión ejercida por el movimiento indígena a través de la ocupación de predios colindantes

4 Ley N° 15.020, aprobada por el Congreso chileno en agosto de 1962. La misma autorizó al Estado a adquirir tierras con pago en efectivo del 20% y el resto en bonos. Asimismo, permitió la creación de la Corporación de Reforma Agraria (CORA) para supervisar el proceso de expropiación; el Consejo Superior de Fomento Agropecuario (CONFSA) para garantizar el aprovechamiento eficaz de la tierra; y el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP) para proporcionar asistencia técnica y crediticia a los campesinos (Toledo, 2005).

5 Esta Reforma tuvo grandes implicancias para los *mapuches* en el sur del país. Su base legal se encuentra en la Ley N° 16.640 de 1966, la cual posibilitaba la expropiación de tierras que se encontraban mal explotadas, abandonadas o que poseyeran más de 80 hectáreas de riego básico, así como por razones sociales. En el caso de los *mapuches*, dicha ley fue complementada por la Ley N° 17.729 de 1972, aprobada durante el gobierno de Allende. Esta ley, que por primera vez se refiere al conjunto de pueblos indígenas del país, intenta frenar el proceso divisorio de las tierras *mapuche* al disponer que las comunidades sólo podían dividirse por mayoría absoluta de comuneros o por razones técnicas. Asimismo, establece la posibilidad de restituir tierras a los indígenas utilizando para ello el mecanismo de la expropiación contemplado en la Reforma Agraria; y crea el Instituto de Desarrollo Indígena a fin de promover el desarrollo económico, social y cultural integral de los indígenas (Toledo, 2005).

comunidades *mapuche* dio lugar a la expropiación y posterior traspaso material a indígenas de gran cantidad de territorios sobre los cuales tenían reivindicaciones históricas (Aylwin, 2002).

Un gran problema de la Reforma Agraria impulsada bajo el gobierno de Allende fue la demora en el otorgamiento de títulos de propiedad a campesinos e indígenas sobre las tierras expropiadas. Así, al momento del golpe de Estado de 1973, la mayoría de los *mapuches* que estaban en proceso de Reforma Agraria se encontraban en “situación transitoria” de tenencia de la tierra y la Corporación de la Reforma Agraria [CORA] tenía la propiedad legal de la mayor parte de los terrenos expropiados. Dado que el Estado era el poseedor legal de las tierras, en el marco del modelo económico neoliberal, se inició un proceso de regularización de la propiedad que dio lugar a la privatización de dichas tierras, conocido como “Proceso de Contrarreforma Agraria”. Dicho proceso consistió en la devolución, parcial o total, de las tierras expropiadas a sus antiguos propietarios, así como el remate de tierras de aptitud forestal (Aylwin, 2002).

Todas las tierras fiscales y expropiadas que quedaron en manos de la CORA y la Oficina de Normalización Agraria [ODENA] se transfirieron principalmente a la Corporación Nacional Forestal [CONAF], organismo que posteriormente vendió parte de ellas a empresas forestales a precios irrisorios, estableciendo la base material para las plantaciones de la emergente industria forestal. Esto dio lugar al inicio de un proceso de expansión forestal (Toledo, 2005). Ésta se inició a finales de la década de 1970 con la plantación de pino, duplicando la superficie plantada en las dos décadas siguientes. El factor que explica la duplicación de la plantación de pino fue la venta a precios ínfimos de las tierras de las Reforma Agraria a través del remate de los predios forestados traspasados desde la CORA a la CONAF, en la década de 1980. Además del pino, también se generalizó la plantación de eucalipto. Todo este proceso favoreció a la acumulación de los recursos naturales y financieros, agudizando así las desigualdades sociales y territoriales. Esta situación explica, en parte, los conflictos que actualmente tienen las comunidades *mapuches* con las empresas forestales presentes en su territorio ancestral (CEPAL, 2012).

2.1.1.5. Inicio de la democracia: el Acuerdo de Nueva Imperial y la Ley N°

19.253

A partir de la década de 1990 se inaugura un nuevo escenario para la relación del Estado de Chile y los pueblos indígenas. Los *mapuches*, junto a otros pueblos indígenas de Chile, iniciaron un conjunto de demandas a fin de proteger sus derechos, en particular el derecho a la tierra, así como

establecer una nueva relación con el Estado. Entre los ejes centrales de su demanda destaca el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural hasta entonces negada en el país, 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 adquiridas por el Estado, y el apoyo al desarrollo económico y cultural de sus pueblos y comunidades (Aylwin, 2002).

Patricio Aylwin, quien fue elegido presidente de la República en 1990, se comprometió por medio de la firma del Acuerdo de Nueva Imperial (1989) a:

- *“El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales;*
- *La creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y de un Fondo Nacional de Etnodesarrollo, con la participación activa de los distintos Pueblos Indígenas del país, como entidades públicas encargadas de coordinar la política indígena del Estado;*
- *La creación, al iniciar su gestión de gobierno, de una Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI), que en un plazo no superior a cuatro años culminaría con la implementación de la Ley Indígena y de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena;*
- *El compromiso de ratificar el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo O.I.T.”* (Correa y Mella, 2009, p. 126).

Una de las principales funciones de la CEPI⁶ fue la creación de un anteproyecto de Ley que regulara la relación del Estado y los pueblos indígenas. Para la aprobación de la misma, se inició un proceso de debate con las comunidades indígenas que culminó con la celebración de un Congreso Nacional de Pueblos Indígenas en 1991. La propuesta que emanó del mismo fue presentada ante el Parlamento chileno ese mismo año, junto con las iniciativas de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas⁷ y de ratificación del Convenio N° 169 de la OIT. Estas dos últimas iniciativas no encontraron en los partidos de oposición representados en el Congreso Nacional, la acogida que las organizaciones indígenas esperaban, tanto así que la primera de ellas se mantiene hoy en día como

⁶ La CEPI constituía el órgano asesor de la Presidencia para la definición de las políticas gubernamentales orientadas a los pueblos originarios. La misma estaba integrada por representantes tanto de gobierno como de los distintos pueblos indígenas del Estado chileno, incluido el pueblo *mapuche* (CEPAL, 2012).

⁷ El proyecto de reforma constitucional agregaba al artículo 1 de la Constitución chilena: *“El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena”* (CEPAL, 2012).

una demanda no cumplida en la agenda política del movimiento indígena en Chile⁸, mientras que el Convenio fue ratificado en 2008 y entró en vigor el 15 de septiembre de 2009 (CEPAL, 2012).

El proyecto de Ley Indígena fue aprobado en el Parlamento en 1993 bajo el nombre de Ley N° 19.253 de octubre de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, con importantes modificaciones que debilitaron sus contenidos.

Entre los elementos centrales de la Ley Indígena cabe destacar:

- El reconocimiento de los indígenas y de la existencia de 8 etnias⁹ en Chile -*mapuche, aymara, rapa nui, atacameña, quechua, colla, kawashqar y yaghan*-, asumiendo por primera vez el pluralismo étnico en Chile, así como el deber de la sociedad y del Estado de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas y sus culturas, y proteger sus tierras, adoptando medidas a tal efecto (artículo 1).
- El reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas, así como la creación de un fondo especial -Fondo de Tierras y Aguas Indígenas- para proveer su ampliación (artículos 12 a 22).
- La creación de un Fondo de Desarrollo Indígena para financiar programas especiales dirigidos al desarrollo de las personas y comunidades indígenas (artículos 23 a 25).
- La autorización del Ministerio de Planificación [MIDEPLAN] para establecer “áreas de desarrollo indígena”, entendidas éstas como áreas de localización de la acción del Estado (artículos 26 a 27).
- La promoción de la participación indígena a través del derecho reconocido de sus organizaciones a ser escuchadas y a considerarse su opinión en relación con materias que les atañen (artículo 34).
- La creación de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena [CONADI], órgano encargado de la conducción de la política indígena del Estado (artículos 38 a 42).

⁸ La aprobación del proyecto de reforma constitucional, aunque de carácter simbólico, habría permitido reafirmar el carácter pluriétnico y multicultural de la sociedad chilena por largo tiempo negado (Aylwin, 2002).

⁹ Uno de los problemas que presentó la Ley Indígena fue no reconocer jurídicamente el carácter de "pueblos" a los pueblos originarios, sino que en su lugar se refirió a "etnias". Ello conllevó que las propias organizaciones plantearan que con ello se desconocía su trayectoria histórica, su legado cultural y la reclamación por sus territorios anteriores a la conformación de los Estados Nacionales (Correa y Mella, 2009).

- El reconocimiento de la costumbre indígena hecha valer en juicio entre indígenas, así como la previsión de la conciliación como mecanismo de resolución de concilios de tierras (artículos 54 a 57) (Congreso Nacional, 1993).

En relación con las tierras y territorios, la Ley Indígena prevé en su Título II un conjunto de disposiciones de reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas. El artículo 12 fija cuatro criterios para definir el concepto de “tierras indígenas”:

- a) Tierras provenientes de toda clase de títulos emanados del Estado -títulos de comisario, Títulos de Merced.
- b) Tierras históricamente ocupadas y poseídas por las personas o comunidades de las etnias reconocidas por el Estado, a condición de que estén inscritas en el Registro de Tierras Indígenas creado por la misma ley.
- c) Tierras declaradas a futuro por los tribunales de justicia como pertenecientes a comunidades indígenas.
- d) Tierras que el Estado entregue a personas o comunidades indígenas a título gratuito de dominio (Congreso Nacional, 1993).

De las disposiciones contenidas en el presente artículo, se desprende que el Estado chileno sólo reconoce los actos legales “positivos” como fundacionales de la propiedad indígena. El Estado chileno ha suscrito históricamente la doctrina *terra nullius*¹⁰. Ello significa que se dejan fuera de la categoría de tierras indígenas aquellas que, a pesar de haber formado parte del patrimonio *mapuche*, no fueron reconocidas por parte del Estado chileno en el proceso reduccional, las denominadas “tierras antiguas”, muchas de las cuales fueron recuperadas durante el proceso de Reforma Agraria y expropiadas posteriormente en virtud de la legislación chilena por el propio Estado. En consecuencia, dichas tierras no cuentan con la protección que les da la ley (Correa y Mella, 2009).

Asimismo, la Ley N° 19.253 prevé en su artículo 13 un conjunto de medidas proteccionistas en relación con las tierras indígenas. El mismo establece que las tierras no pueden ser enajenadas, embargadas ni gravadas, salvo entre comunidades y personas indígenas de una misma etnia. Excepcionalmente la CONADI puede autorizar tal gravamen, el cual no puede comprender la casahabitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia. Tampoco hay

¹⁰ Del latín “tierra de nadie”, es un principio empleado en derecho internacional para aludir a que un territorio determinado no pertenece a ninguna persona. Al no ser de nadie, puede ser reclamado por un Estado soberano. Este principio fue usado ampliamente en muchos procesos de colonización: declarar territorios indígenas como lugares no ocupados al no existir derechos de propiedad sobre ellos; consecuentemente, el Estado o reino que los descubría podía ocuparlos legalmente (Correa y Mella, 2009).

autorización de arrendamiento ni de cesión de uso, goce o administración por no indígenas. Para el caso de estos últimos, la ley permite un plazo no superior a cinco años (Congreso Nacional, 1993).

A pesar de la protección jurídica que otorga el artículo 13 a las tierras indígenas, en la práctica los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras siguen siendo vulnerados por medio de la materialización de diversos proyectos de inversión pública y privada, tales como centrales hidroeléctricas, carreteras y proyectos forestales, entre otros. Particularmente grave es que parte importante de estas iniciativas hayan contado con el apoyo o hayan sido impulsadas por el propio Estado chileno, hecho que ha provocado en muchas ocasiones que los pueblos indígenas terminaran desplazándose hacia las ciudades (CEPAL, 2012).

A diferencia de la legislación dictada en el pasado en Chile en relación con los indígenas, ésta es una ley aplicable a los distintos pueblos indígenas -o etnias según la propia ley- del país, cuyas tierras no habían sido objeto de reconocimiento o regulación jurídica. Es importante destacar que dicha ley cuenta con un conjunto de disposiciones relativas a cada pueblo o comunidad indígena y su realidad específica de tierras y aguas u otros recursos.

Desde la promulgación de la Ley N° 19.253, la implementación de las políticas de Estado en materia de tierras indígenas queda en manos de la CONADI, quien opera a través del Fondo de Tierras y Aguas con la finalidad de: a) otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas y comunidades indígenas cuando la superficie de que dispongan sea insuficiente; b) financiar mecanismos que permitan la solución de problemas de tierras, en especial con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre tierras indígenas; y c) financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener este recurso (artículo 20) (Congreso Nacional, 1993). Del propio artículo se desprende pues, que el Fondo presenta dos líneas de acción en lo relativo a las tierras: por un lado, la “ampliación” de las tierras y, por otro, la restitución de las tierras perdidas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley, los recursos del Fondo de Tierras y Agua estarán compuestos por aquellos que anualmente disponga la Ley de Presupuesto, además de los provenientes de la cooperación internacional, aportes de particulares, organismos públicos y privados, las rentas que devengan bienes del Estado, así como las tierras que reciba el Estado. Asimismo, según el artículo 23, las tierras no indígenas adquiridas por medio de dicho Fondo no podrán ser enajenadas por un período de 25 años desde su inscripción (Congreso Nacional, 1993).

A pesar de los avances que dicha legislación introduce, resulta insuficiente en relación con las demandas planteadas por el movimiento *mapuche* en el momento de discusión de la ley. Así, el concepto de territorialidad indígena que se incorporó en el anteproyecto por medio de la figura de Áreas de Desarrollo Indígena no fue finalmente incluido en la ley aprobada debido a los temores de fragmentación del Estado en aquellos sectores más conservadores. El anteproyecto de ley establecía en su artículo 24 que dichas Áreas de Desarrollo Indígena eran “áreas inseparables con su existencia y desarrollo”. Tampoco fue incluido el artículo 25 del anteproyecto, que preveía el derecho de los indígenas a no ser trasladados de sus tierras y a ser consultados antes de que dicho traslado excepcionalmente se llevara a cabo. Por último, tampoco fueron reconocidos los derechos de los indígenas sobre sus recursos naturales al eliminarse el artículo 18 del anteproyecto, el cual 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 en tierras indígenas y aguas colindantes (Aylwin, 2002).

Finalmente, en relación con la personería jurídica, la ley reconoce las comunidades y asociaciones como figuras de organización indígena. En relación con las primeras, el inciso segundo del artículo 10 de la ley permite la conformación de una comunidad legal con sólo un tercio de los indígenas mayores de edad y un mínimo de diez personas, dando lugar con ello a un potencial fraccionamiento social de las comunidades *mapuche*. En lo que concierne a las asociaciones, se prohíbe a las mismas asumir la representación de las comunidades indígenas (artículo 35), lo cual obstaculiza el proceso de federación de los *mapuches* en áreas territoriales de alta densidad de población indígena (Aylwin, 2004).

2.1.2. Caso Ralco: la inefectiva protección jurídica que otorga la Ley Indígena a las tierras de los pueblos originarios

La política pública adoptada por el Estado chileno en aplicación de la Ley Indígena presenta un conjunto de limitaciones originadas por la insuficiencia de los recursos destinados por el mismo para su ejecución, así como su contradicción con los esfuerzos desarrollados a fin de expandir la economía global hacia las áreas indígenas. Tal contradicción se manifiesta fundamentalmente en la proliferación de proyectos de inversión públicos y privados -principalmente carreteras, centrales hidroeléctricas, forestales y agrícolas- en territorio *mapuche*, muchos de los cuales fueron impuestos a las comunidades sin una consulta adecuada y, en ocasiones, en contra de su voluntad. El caso que

mejor ejemplifica esta contradicción de la política pública es el Caso Ralco. Éste constituye una disputa entre el pueblo *mapuche* y el Estado chileno que se originó con la construcción de una central hidroeléctrica que formaba parte de una cadena de presas que estaban siendo construidas desde la década de 1960 por ENDESA¹¹ en el territorio ancestral de los *mapuches pehuenches* (Aylwin, 2004)¹².

El anteproyecto consistía en construir seis presas, cuatro de las cuales estaban ubicadas en las tierras del Alto Bío Bío reclamadas por los *mapuches*. La central, que tuvo un costo de 570 millones de dólares, inundó 3.500 hectáreas ancestralmente habitadas por los *pehuenches*, y obligó a la relocalización de alrededor 500 integrantes de sus comunidades. A pesar de la resistencia de las dos comunidades directamente afectadas por la hidroeléctrica -Quepuca Ralco y Ralco Lepoy-, el proyecto se fue imponiendo a través de la acción concertada de la propia empresa ENDESA y del Estado -quien intervino por medio de la CONAMA¹³-, dando lugar a la transgresión de derechos reconocidos en la propia Ley Indígena¹⁴, así como la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (Akhtar, 2013)¹⁵.

Para dar cumplimiento a las condiciones impuestas por la CONAMA para la realización del proyecto hidroeléctrico, así como a las disposiciones de la Ley Indígena¹⁶, ENDESA se dispuso a presionar los *pehuenches* con el fin de obtener su aceptación para permutar sus tierras. Durante dichas “negociaciones”, las autoridades no prestaron a los *pehuenches* asesoramiento jurídico o técnico alguno, generando una mayor desventaja y vulnerabilidad de éstos frente a la multinacional. A pesar de las fuertes presiones ejercidas por parte de ENDESA, seis propietarios indígenas decidieron no proceder a la permuta de sus propiedades, impidiendo así a la empresa completar legalmente la relocalización de la población indígena y cumplir con las condiciones impuestas por

11 Empresa transnacional española que opera en los sectores eléctrico y gasístico (<https://www.endesa.com/>).

12 Los *pehuenches* son los *mapuches* que habitan en las orillas del río Bío Bío, en ambos lados de la cordillera de los Andes en el centro-sur de Chile y el sudoeste de Argentina (Aylwin, 2004).

13 La Comisión Nacional del Medio Ambiente fue un organismo del Estado de Chile dedicado a promover, vigilar y patrocinar el cuidado y cumplimiento de las políticas medioambientales, así como administrar el sistema de evaluación de impacto ambiental, entre 1994 y 2010 (Akhtar, 2013).

14 En base al artículo 13 inciso 2 de la Ley Indígena, se prohíbe el gravamen de las tierras indígenas cuando éste comprenda la casa-habitación y el terreno necesario para la subsistencia. También se vulneraron los artículos 34 y ss., los cuales prevén el requisito del pleno consentimiento de las comunidades sobre cualquier proyecto o plan de desarrollo que se establezca en sus territorios (Congreso Nacional, 1993).

15 En los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se exige que se realice una evaluación de impacto ambiental antes de la implementación de proyectos que pueden causar daños al suelo, incluidos los que resultan de la reubicación o de la alteración de los sistemas de vida y las costumbres de las agrupaciones o comunidades humanas (Congreso Nacional, 1994).

16 Según el inciso 4 del artículo 14 de la Ley Indígena, “(...) con la autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras” (Congreso Nacional, 1993).

la CONAMA y con las disposiciones de la Ley Indígena. En esas circunstancias, previa solicitud de ENDESA, en enero de 2000 el Ministro de Economía dictó un Decreto de Concesión definitiva para establecer la Central Hidroeléctrica Ralco. La concesión definitiva otorgó a ENDESA el derecho a imponer servidumbres y la facultó a ocupar las tierras a ser inundadas por la represa y obtener los territorios “no obstante cualquier reclamación del propietario y aún cuando éste no se hubiere conformado con la tasación”. Ante ello, los *pehuenche* afectados por el decreto de concesión interpusieron ante los Tribunales de Justicia un Recurso de Protección contra el Ministro de Economía Fomento y Reconstrucción y la Presidencia, fundado en que mediante la imposición de las servidumbres, las autoridades violaban la Ley Indígena y transgredían las condiciones impuestas por la CONAMA para la relocalización de la población indígena, que obligatoriamente debía llevarse a efecto de acuerdo a las disposiciones de dicha ley, vulnerándose las garantías constitucionales a la vida y a la integridad física y psíquica, al derecho de propiedad, y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La Corte de Apelaciones de Santiago de Chile rechazó el recurso debido a que, a su juicio, el Decreto de Concesión Eléctrica no era ilegal ni arbitrario. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 23 de enero de 2002 (Fuenzalida Bascuñán, 2003).

El Caso Ralco muestra como en Chile el Ejecutivo logró imponer su arbitrio haciendo posible el avance de un proyecto que viene arrasando el hábitat *pehuenche* del Alto Bío Bío y que implica la evicción forzada de aquellos que se han mantenido en su decisión de permanecer en sus tierras ancestrales, sin importar lo dispuesto por las leyes ni por las resoluciones ambientales; quebrantando los compromisos pactados con los pueblos indígenas; transgrediendo aspectos fundamentales de la institucionalidad en materia indígena; y a despecho de las propias competencias y de las capacidades técnicas de los organismos públicos encargados de velar por el cumplimiento de la Ley de Medioambiente y de la Ley Indígena. Frente a todo ello, los Tribunales de Justicia han eludido su responsabilidad, dilatando sus decisiones por años y llegando a una clara denegación de justicia ante los últimos recursos presentados por los afectados.

Por medio de dicho proyecto se puso a prueba la capacidad de la Ley N° 19.253 para proteger las tierras indígenas y se comprendió que la legislación no iba a ser una herramienta para luchar contra los megaproyectos empresariales. Todo ello llevó a que, a finales de los años noventa, gran parte importante de las organizaciones *mapuche* rompieran con el Estado. Dicha ruptura se manifestó con un conjunto de acciones -tomas de camino y ocupaciones de predios en conflicto, entre otros- a través de las cuales las comunidades *mapuches* se movilizaron con el objeto de frenar los proyectos de inversión planificados o en ejecución en sus territorios, así como recuperar tierras

ancestrales usurpadas por no indígenas. Es, por lo tanto, en este momento que se produce una gran línea divisoria entre pueblos *mapuche* y el Estado chileno.

2.2. Marco legal

Tal y como puede desprenderse de los objetivos planteados en la introducción, mi tesis se divide en dos bloques. Por una parte, busco analizar el conjunto de proyectos de ley llevados a cabo durante el segundo Gobierno de Michelle Bachelet entorno a la cuestión indígena. Para esta primera parte de la tesis, me fundamento a nivel legal en un conjunto de tratados internacionales suscritos por el Estado chileno, así como por los informes emitidos por el Instituto Nacional de Derechos Humanos [INDH]¹⁷ y las Naciones Unidas.

En relación con los tratados internacionales, me sustento en la Carta de las Naciones Unidas; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, los cuales recogen la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación en su artículo primero (la Declaración y Programa de Acción de Viena lo recoge en su artículo segundo).

Al ratificar la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el año 2007, el Estado chileno se comprometió a reconocer plenamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas en Chile. A pesar de ello, a día de hoy el Estado chileno sigue teniendo una Constitución que no recoge la plurinacionalidad de los pueblos que lo integran.

En este primer bloque también hago hincapié en el Convenio N° 169 de la OIT, el cual establece en su artículo segundo, que los Estados deben proteger los pueblos indígenas y garantizar el respeto a su integridad, así como consultar a los mismos a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (Organización Internacional del Trabajo, 1991).

Asimismo, me baso en los informes anuales del INDH sobre la situación de los derechos humanos en Chile en los que se señala las falencias de los proyectos de Ley promulgados por el Gobierno de Michelle Bachelet, como por ejemplo el proyecto de Ley que crea los Conejos y el

¹⁷ El Instituto Nacional de Derechos Humanos es una corporación autónoma de derecho público creada por la Ley N° 20.405 destinada a promover y proteger los derechos humanos de todas las personas que habitan en Chile (<https://www.indh.cl/>).

Consejo Nacional de los Pueblos Indígenas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2018); y en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2011a).

En cuanto al segundo bloque de análisis de la presente investigación, éste consiste en la Ley 18.314 -también conocida como Ley Antiterrorista-, mediante la cual se determinaron las conductas terroristas y se fijaron las penas de las mismas. Esta segunda parte de mi tesis encuentra su sustento la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual establece en su artículo 15 que a toda persona que se encuentre detenida se le debe garantizar un trato justo (Organización de Estados Americanos, 2003).

Asimismo, también me baso en los informes anuales del INDH sobre la situación de los derechos humanos en Chile, así como informes que el mismo emitió sobre cuestiones en particular como el proyecto de reforma del Código Penal y el Código Procesal Chileno.

También me sustento en informes emitidos por las Naciones Unidas sobre cómo ciertos cambios legislativos en Chile vulneran los derechos humanos de los pueblos originarios; y en informes emitidos por la Comisión IDH en los años 2002 y 2010, en los que se pronuncia sobre el terrorismo y los derechos humanos en Chile. En el mismo se pone en relieve que la definición de terrorismo de la legislación chilena es muy amplia, y que la Comisión IDH había concluido que contrariaba el principio de legalidad (Comisión IDH, 2002).

Por último, me amparo en la sentencia de la Corte IDH – el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile-, la cual trata en profundidad la contravención, por parte del Ley Antiterrorista, de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En dicha sentencia se pone de manifiesto que la aplicación de la Ley Antiterrorista en el procesamiento de los presos políticos *mapuche* ha supuesto la falta de garantías y violaciones al debido proceso, como el secreto de la investigación durante casi todo el proceso y el uso de testigos anónimos o secretos, imposibilitando la defensa óptima de los imputados (Corte IDH, 2014).

2.3. Marcos conceptuales

El marco conceptual del presente trabajo se encuentra compuesto por cuatro elementos. El primer de ellos es el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet para el período 2014-2018, que constituye el elemento del que parto. El segundo elemento conceptual está compuesto por el conjunto de propuestas legislativas que fueron formuladas por Bachelet en torno a los pueblos originarios. El tercer elemento conceptual está formado por la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad y, por último, el cuarto elemento conceptual lo compone la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile- por medio de la cual se condenó la Ley Antiterrorista chilena.

3. CAPÍTULO 3. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de investigación

La presente tesis se trata de una investigación cualitativa con un enfoque crítico-social, pues parte de la estructura social y política existente en la actualidad en el Estado chileno. Se insta a la reflexión y crítica de las condiciones estructurales existentes, las cuales son generadoras de una situación de desigualdad del pueblo *mapuche*.

3.2. Unidad de análisis

El análisis que se realiza es de tipo descriptivo, pues el presente trabajo consiste en el estudio del Programa electoral y los proyectos legislativos presentados por el segundo Gobierno de Bachelet, así como la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa al Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. La investigación presenta dos unidades de análisis: por un lado, los derechos humanos del pueblo *mapuche* vulnerados por el Estado chileno y, por otro lado, el amparo internacional de la cuestión.

3.3. Variables

En cuanto a las variables de la primera unidad de análisis expuesta [los derechos humanos del pueblo *mapuche* vulnerados por el Estado chileno], éstas son el derecho a la propiedad, el derecho a la no discriminación, el derecho a la integridad física y el derecho a un proceso penal justo. En relación con la segunda unidad de análisis [el amparo internacional de la cuestión], las variables de ésta aluden a los informes y recomendaciones elaboradas por organizaciones internacionales de las cuales forma parte el Estado chileno, así como resoluciones de tribunales internacionales.

3.4. Técnica de investigación

La modalidad de investigación empleada consiste en una investigación documental, pues parte de la lectura de casos, sentencias, recomendaciones e informes elaborados por organismos

internacionales, artículos de divulgación científica, leyes chilenas y tratados internacionales.

3.5. Procedimientos

El procedimiento seguido para proceder a la elaboración de la tesis parte de la lectura de textos normativos -tanto nacionales como internacionales-, proyectos legislativos, informes, recomendaciones de organismos internacionales, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículos científicos, artículos elaborados por medios de difusión *mapuche*, la lectura de aportes jurídicos desarrollados por organizaciones que actualmente se encuentran en lucha el reconocimiento y respeto de los derechos del pueblo *mapuche*, y la lectura de registros sobre la historia del pueblos *mapuche* en territorio chileno.

4. CAPÍTULO 4. POLÍTICAS PÚBLICAS DEL GOBIERNO DE BACHELET EN RELACIÓN CON LOS PUEBLOS ORIGINARIOS (PERÍODO 2014-2016)

4.1. Programa de Gobierno Michelle Bachelet para el período 2014-2018

El segundo Gobierno de Michelle Bachelet se caracterizó por presentar una propuesta inéditamente progresista en materia de política indígena en torno a temas como autonomía, territorialidad y libre determinación. A pesar de ello, el mismo se caracterizó por la generación de una gran decepción entre los pueblos indígenas debido al incumplimiento de todas las promesas formuladas en la materia. En el presente capítulo me dispongo a analizar las propuestas contenidas en el Programa de Gobierno Bachelet para el período 2014-2018 y ver en qué quedaron cada una de ellas.

En un balance general se debe destacar la debilidad gubernamental en el diseño y ejecución de una política indígena consistente y pertinente para los pueblos originarios. En el propio Programa de Gobierno presentado al inicio de la candidatura de Michelle Bachelet, se puede observar la ausencia de una hoja de ruta clara con los pueblos originarios que caracterizó el hacer del Gobierno durante su mandato. Dentro de la temática de derechos humanos, el Programa dedica un capítulo a los pueblos indígenas. En el mismo se hace referencia al deber del Estado chileno de implementar los tratados internacionales ratificados en materia de derechos de los pueblos indígenas, así como adecuar la legislación para que la misma sea acorde a los estándares fijados en dichos tratados. En este punto, el nuevo Gobierno se comprometió a implementar “en plenitud” el Convenio N° 169 de la OIT, asumiendo nuevos desafíos entre los que destacan el reconocimiento constitucional de la lengua de los pueblos indígenas; el reconocimiento de sus autoridades; mejorar sus condiciones de vida, apoyar su economía y productividad; proteger sus prácticas culturales y su medicina ancestral; consolidar la libre manifestación de sus creencias y de su espiritualidad; promover mejores y más amplios espacios de participación política, social y cultural; respetar su autonomía y autodeterminación, así como extender los derechos políticos de los mismos. Asimismo, en esta primera parte del capítulo se hace mención de la necesidad de reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas. Destaca aquí el énfasis que se pone en la inclusión de los pueblos indígenas. El reconocimiento constitucional de los mismos fue posiblemente la propuesta que generó más expectativas (Bachelet Jeria, 2013).

Igualmente, en el Programa se planteó la necesidad de fijar un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas. En este punto Bachelet hizo mención de la crisis existente entre ambos y se

comprometió a restablecer la confianza de los mismos en el Gobierno por medio de la cesión de la represión y de la violencia, así como del reconocimiento de los derechos indígenas, dentro de los cuales se puso énfasis en el derecho de participación y consulta de los mismos.

Para poder llevar a cabo estos objetivos, en el Programa se fijaron cuatro ejes sobre los que se desarrollaría la política indígena del Gobierno de Bachelet. Estos son:

1) Eje 1. Reformas políticas, legislativas e institucionales:

Por medio de las mismas el Gobierno de Bachelet pretendía generar espacios de autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas a nivel territorial. Para ello se propuso generar un conjunto de Estatutos Especiales de Autonomía. Asimismo, se mencionó el establecimiento de una nueva institucionalidad indígena por medio de la creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas, encargado de colaborar con la Presidenta en la definición de una política indígena; así como de un Consejo de Pueblos Indígenas que encarnara la representación de los diversos pueblos existentes en el Estado chileno.

Dentro de las reformas legislativas también se hizo mención de la reforma del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) con la finalidad de que el mismo siguiera los estándares fijados en el Convenio 169 de la OIT (Bachelet Jeria, 2013).

2) Eje 2. Política de Tierras y Aguas Indígenas:

El segundo eje de trabajo hace alusión al cumplimiento del proceso de restitución de tierras indígenas, así como la proporción de recursos a los pueblos indígenas con el fin de proteger los derechos de los mismos sobre sus tierras y recursos ancestrales. En este punto, el Programa reconoció la restitución pendiente de tierras a los pueblos indígenas y fijó el compromiso de estudiar dicha situación, así como las denuncias presentadas en relación con la contaminación y los problemas de impacto ambiental que afectan a muchas tierras indígenas.

3) Eje 3. Reformas en materia de orden público y defensa de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas:

En dicho punto el Gobierno de Bachelet se comprometió a la no aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros de pueblos indígenas por actos de demanda social. Asimismo, se

manifestó que la misma sería modificada a fin de adecuarla a los estándares internacionales. En el Programa se hace mención de la denominación de una Comisión *ad hoc* encargada de estudiar los casos judiciales que se produjeron como resultado de la aplicación de la Ley Antiterrorista, así como de investigar las denuncias de violencia y abuso policial contra comunidades indígenas, particularmente *mapuche* y *rapa nui*. En base a todo ello, dicha Comisión debería proponer al Gobierno un conjunto de medidas y recomendaciones a fin de atener dichas situaciones en observancia de los estándares internacionales de derechos humanos.

Asimismo, se determinó que dentro de las competencias del Defensor del Pueblo se incluiría la defensa de los derechos indígenas.

4) Eje 4. Políticas sectoriales:

El último eje de trabajo hace referencia a las políticas sectoriales por medio de las cuales el nuevo Gobierno pretendía garantizar la existencia de una dimensión indígena en las políticas públicas. Para ello se propuso una reforma en materia de educación a fin de garantizar la integración de contenidos sobre historia y cosmovisión indígena en toda la enseñanza estatal, así como la implementación de un Programa de Desarrollo Rural Indígena (Bachelet Jeria, 2013).

4.2. Informe de la Comisión Asesora Presidencial de la Araucanía

En 8 de agosto de 2016, Michelle Bachelet creó mediante Decreto Supremo N° 1.185, una “Comisión Asesora Presidencial de La Araucanía” -en adelante Comisión-, cuya finalidad fue proponer “*un conjunto de propuestas en las áreas de desarrollo productivo regional y territorial, participación y reconocimiento y nuevas formas de reparación a los pueblos indígenas*”¹⁸.

La Comisión estaba compuesta por un grupo de trabajo conformado por el Obispo de Temuco, Monseñor Héctor Vargas, y veinte representantes entre el Ejecutivo, la comunidad *mapuche*, la Iglesia y el sector privado.

Para llevar a cabo su trabajo, la Comisión se organizó en cuatro subcomisiones relativas a:

1) Historia, Cultura y Educación; 2) Reconocimiento y Paz Social; 3) Desarrollo Productivo

¹⁸ Artículo 1 del Decreto Supremo N° 1.185 que crea la Comisión Asesora Presidencial de la Araucanía (Poder Ejecutivo, 2012).

Sustentable; y 4) Institucionalidad y Legislación.

En la presentación de su Informe Final, el 23 de enero de 2017, la Comisión expresó que la misma presentaba tres grandes desafíos: la deuda histórica con el pueblo *mapuche*, las víctimas de violencia rural, y los indicadores que ubican a la Araucanía como la región más pobre de Chile. Para abordarlos, decidieron dividir el contenido del informe en tres ámbitos: 1) Reparación de víctimas de la violencia en la región; 2) Participación, reconocimiento y nuevas formas de reparación de los pueblos indígenas; y 3) el Desarrollo productivo regional y territorial.

Del conjunto de medidas que se plantearon en el Informe Final, la Comisión acordó priorizar doce, consideradas esenciales o fundamentales en el corto y mediano plazo y que, según la misma, *“permitirían dar señales claras del interés del Estado por asumir y hacerse cargo de las necesidades más urgentes de La Araucanía y contribuir a la construcción de una región verdaderamente intercultural, en paz y que busque el desarrollo sostenible, integral de todos sus habitantes”* (Comisión Asesora Presidencial de la Araucanía, 2017, p. 9). Éstas son:

- 1) Creación de la Ley Araucanía.
- 2) Dictar una ley que creara un fondo de reparación a las víctimas de violencia en la Araucanía.
- 3) La creación de una comisión de reparación de víctimas de la violencia en la Araucanía.
- 4) Dictar un nuevo reglamento que regulara los mecanismos de compra de tierras del artículo 20 letra b) de la Ley Indígena.
- 5) La creación de una Comisión Especial de Tierras Indígenas.
- 6) El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.
- 7) La representación política especial de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional.
- 8) Impulsar de manera urgente el Ministerio de Pueblos Indígenas.
- 9) Incorporar nuevos territorios de la Región de la Araucanía al programa de gestión territorial de zonas de rezago de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior.
- 10) Impulsar Planes de Desarrollo integral en comunidades indígenas (habitabilidad, infraestructura, desarrollo, etc.).
- 11) La creación de una Agencia del Agua, que pudiera catastrar, planificar, controlar y proponer una estrategia de abordaje sistémico de uso y distribución de este recurso, que derivase en una política regional de desarrollo de recursos hídricos y un Plan Estratégico Regional de Riego.

- 12) Generar un programa de fortalecimiento de organizaciones y emprendimientos *mapuche* (mejora de la gestión, productividad, emprendimientos asociativos) a través de un Centro de Negocios y Desarrollo Mapuche.

Al recibir el Informe de la Comisión Asesora, Bachelet manifestó que el mismo “*no es el reflejo de la visión de un determinado sector, sino la propuesta en común de personas que trabajan en diversos ámbitos productivos, en las comunidades, de la academia y también de la política. (...) el diálogo es la mejor herramienta para enfrentar nuestros desafíos y superar tensiones largamente acumuladas. Y esta Comisión ha mostrado que en la Araucanía el diálogo es posible*” (Bachelet Jeria, 2017a, p. 2). Sin embargo, la constitución del grupo de asesores que integró la Comisión fue desde el inicio muy criticada, debido a la escasa participación de las comunidades indígenas y, en contraposición, amplia presencia de académicos, representantes del empresariado, artistas y el Obispo de Temuco, Héctor Vargas (Palma, 2017).

Si bien el propio Informe hace mención que la implementación de medidas que el mismo prevé deberán ir precedidas de la formulación de la consulta indígena que regula el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, el mismo no fue emanado de un proceso de consulta indígena. Ello, junto con el tipo de integrantes que componen la Comisión, hace cuestionar la finalidad real del Informe elaborado por la misma. En este punto, Richard Caifal, representante de la Corporación de Profesionales Mapuches “ENAMA”¹⁹ y ex miembro de la Comisión Asesora Presidencial para la Araucanía, expresó: “*Esta propuesta no cuenta con nuestro respaldo. Además, es cuestionable que esto se haga desde Santiago, con la total displicencia, distancia y evitando cualquier contacto con la Región. Nosotros le restamos legitimidad y validez a lo que ella proponga porque básicamente es para el sector empresarial de la Araucanía y no para los mapuches*” (Palma, 2017).

Las propuestas del Informe Final de la Comisión estuvieron enmarcadas por ámbitos como la paz, la interculturalidad, el desarrollo y la equidad, pero no incluyeron aspectos centrales de las demandas indígenas como un Estado plurinacional, autonomía, autodeterminación y territorialidad. Así, lejos de dar respuesta a las preocupaciones del pueblo *mapuche* por la protección de sus derechos a la tierra y al territorio, por tener formas de autonomía y control de los espacios en que habitan, y del derecho a definir sus prioridades en materia de desarrollo en el contexto de la expansión de proyectos de inversión –en particular forestales e hidroeléctricos– en la Araucanía y

¹⁹ Entidad de derecho privado, sin fines de lucro, fundada el año 2011 en Temuco. Busca, mediante sus diversas iniciativas y proyectos, impulsar el desarrollo integral *mapuche*, incidir en el debate público y contribuir con sus acciones a la construcción de un Estado plurinacional chileno (<https://enama.cl/>).

regiones aledañas, sin procesos adecuados de consulta y consentimiento y sin participación en sus beneficios; respondieron a las preocupaciones de los gremios productivos de la Araucanía.

4.3. El proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas (11 de enero de 2016)

Una de las reformas legislativas que se previó en el Programa de Gobierno presentado por Michelle Bachelet fue la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas a fin de que los diversos pueblos existentes en el Estado chileno fueran representados.

El proyecto de Ley fue presentado por la Presidenta el 11 de enero de 2016 [Boletín N° 10526-06]²⁰. Según el Mensaje emitido por la misma, dicho proyecto fue elaborado después de un proceso de consulta que tuvo una duración de seis meses, en el que participaron más de 6.700 actores de instituciones representativas de los pueblos indígenas, siguiendo lo establecido en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, según el cual debe consultarse a los pueblos indígenas sobre aquellas medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente.

En el Mensaje anexo a dicho proyecto de Ley, Bachelet manifestó que, si bien la Ley N° 19.253 supuso un avance en materia indígena, ya que la misma supuso el reconocimiento de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico chileno, la política indígena seguía siendo una tarea inconclusa. En base al compromiso que adquirió el Estado chileno al ratificar la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el año 2007, de reconocer plenamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas en Chile, Bachelet manifestó la necesidad de crear un conjunto de órganos representativos de los mismos. Estos órganos son, por una parte, un Consejo Nacional de Pueblos Indígenas y, por otra, un conjunto de Consejos de Pueblos Indígenas (Bachelet Jeria, 2016a).

El proyecto establece las funciones y atribuciones de los Consejos; su composición; sus reglamentos internos, los cuales serán generados por cada pueblo indígena para su Consejo; el procedimiento de designación de los consejeros y los requisitos mínimos para su elección; así como un mecanismo de impugnación en sede indígena de las designaciones de consejeros.

²⁰ En el anterior Gobierno de Bachelet, el Ejecutivo también ingresó a trámite en el Congreso Nacional un proyecto de Ley para crear un Consejo de Pueblos Indígenas, el 28 de octubre de 2009 [Boletín N° 6743-06].

En el artículo 14 se define al Consejo Nacional como una corporación de derecho público, autónoma y representativa de los pueblos indígenas, no sólo ante los órganos de la Administración del Estado, sino también frente al Congreso Nacional, el Poder Judicial y los órganos constitucionalmente autónomos. El proyecto de Ley fija sus atribuciones, entre las cuales destacan:

- a) Promover, a través del Ministerio de Pueblos Indígenas, las medidas destinadas a favorecer la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile.
- b) Colaborar con el Ministerio de Pueblos Indígenas en la implementación, seguimiento y evaluación de resultados del Convenio N° 169 de la OIT y demás tratados y convenios internacionales de derechos humanos.
- c) Colaborar en la promoción e impulso de las políticas, planes y programas nacionales y regionales destinados al desarrollo económico, social y cultural de dichos pueblos.
- d) Proponer al Ministro de Pueblos Indígenas, junto con la colaboración de los Consejos de Pueblos Indígenas, la dictación o modificación de normas legales, reglamentarias y administrativas referidas a los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros (artículo 15).

Se previó en el mismo que el Consejo Nacional estuviera integrado por 15 miembros que representen a los nueve pueblos indígenas existentes en Chile (artículo 16).

Asimismo, se estableció la facultad del mismo para actuar en calidad de institución representativa de todos los pueblos indígenas cada vez que se previeran medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los mismos.

Por su parte, los Consejos de Pueblos Indígenas también serían corporaciones de derecho público, autónomas y representativas de los intereses, necesidades y derechos colectivos de los pueblos indígenas ante los organismos del Estado chileno (artículo 1). Entre las atribuciones de los mismos destacan:

- a) Formular propuestas al diseño y evaluación de la Política Nacional Indígena.
- b) Informar sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas.
- c) Representar a los pueblos indígenas ante los organismos del Estado, especialmente en los procesos de consulta.

- d) Proponer la elaboración de planes y programas destinados al desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas (artículo 3).

Se previó la creación de un Consejo Indígena por cada pueblo indígena reconocido en el artículo 1 de la Ley N° 19.253, esto es: *aymara*, *quechua*, *atacameño*, *diaguita*, *colla*, *rapa nui*, *kawésqar*, *yagan* y *mapuche* (artículo 2). El número de integrantes de cada Consejo dependería de la cantidad de miembros de cada pueblo indígena, previéndose que el mayor de ellos fuera el Consejo del pueblo *mapuche*, con 35 integrantes (artículo 4). El número de consejeros fue acordado en el proceso de consulta del proyecto de Ley (Poder Ejecutivo, 2016b).

El mayor elemento positivo de dicho proyecto es que desde el punto de vista de la participación, la creación del Consejo permitiría canalizar la participación de los pueblos indígenas en un organismo que sea percibido como “propio” y que tenga representación de todos los pueblos indígenas reconocidos por ley. A pesar de ello, cuatro años después de esta iniciativa, la misma continúa tramitándose en el Congreso. Otro elemento cuestionable de dicho proyecto es la subordinación administrativa del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas al Ministerio de Pueblos Indígenas, pues en el supuesto de que el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas quisiera formular una propuesta a un organismo del Estado, como por ejemplo una recomendación al Ministerio de Educación sobre educación intercultural, ésta debería ser revisada en primer lugar por el Ministro de Asuntos Indígenas. La naturaleza de las funciones que se asignan al Consejo de Pueblos Indígenas hace de él un organismo eminentemente asesor y de carácter consultivo. Por lo tanto, constituye un organismo totalmente subordinado, sin facultad resolutive alguna. Este rol consultivo constituye una cuestión polémica, ya que algunos actores indígenas pretenden que le sean reconocidos al Consejo poderes resolutive o de veto en algunas materias.

Otra arista que puede apreciarse es que este proyecto de Ley establece en su artículo 15 que el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas puede actuar en calidad de institución representativa de todos los pueblos indígenas en todas las materias dispuestas en el Convenio N° 169 de la OIT. Por medio del presente artículo se contravienen los estándares fijados en el propio Convenio N° 169 de la OIT, ya que dicha regulación podría dar lugar en la práctica a que la consulta indígena se traduzca en una mera consulta al Consejo Nacional de los Pueblos Indígenas, quedando relegada a un segundo plano la consulta obligatoria prevista en el Convenio N° 169 de la OIT.

4.4. El proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas (11 de mayo de 2016)

El 11 de mayo de 2016, el Ejecutivo ingresó a trámite en el Congreso Nacional un proyecto de Ley que creaba el Ministerio de Asuntos Indígenas [Boletín N° 10687-06]²¹. Dicho proyecto fue presentado en un momento en que la temática indígena presentaba una alta visibilidad pública a raíz del conflicto que se vivía en la Araucanía. El Mensaje presidencial señaló que uno de los objetivos del proyecto de Ley era promover y fortalecer los derechos de los pueblos indígenas, su desarrollo económico, social y cultural, así como procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria contra los pueblos, comunidades y personas indígenas (artículo 1). De la misma forma, también se pretendía por medio del mismo fortalecer la participación de los pueblos indígenas²².

La presente iniciativa presentó como antecedente inmediato las recomendaciones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato [CVHNT]²³, la firma de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)²⁴ y la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 2008²⁵. El estándar internacional exige la participación indígena en las políticas desplegadas para garantizar sus derechos (Meza-Lopehandía, 2016).

21 Al igual que lo que sucedió con el proyecto de Ley por el cual se crea el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, el proyecto de Ley que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas también fue presentado en el anterior gobierno de Bachelet, concretamente el 6 de octubre de 2009 [Boletín N° 6726-06].

22 Así se establece en el artículo 4 del proyecto de Ley, según el cual: “Corresponderá al Ministerio de Pueblos Indígenas (...) la Política Nacional Indígena (...), la que promoverá la plena participación de los pueblos indígenas y sus miembros en la vida nacional (...)” (Poder Ejecutivo, 2016a).

23 La CVHNT, creada por el Presidente Lagos (2000-2006), evacuó un informe cuya segunda parte contenía propuestas y recomendaciones para un nuevo trato con los pueblos indígenas. El punto 4 se refería al “ámbito de la institucionalidad y la definición y ejecución de políticas públicas”, incluyendo la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas, una entidad de investigación y promoción de los Pueblos Indígenas; la instauración de mecanismos de financiamiento de las políticas indígenas; y mejoras de la pertinencia e impacto de políticas públicas (Meza-Lopehandía, 2016).

24 Destaca el artículo 5 de la misma, según el cual: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

Asimismo, la Declaración fija en su artículo 18 el “derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos”, sin perjuicio de su derecho a mantener sus propias instituciones (Naciones Unidas, 2007).

25 La principal fuente normativa viene dada por el Convenio N° 169 de la OIT, que establece en su artículo 2 que los Estados deben “(...) con la participación de los pueblos interesados, desarrollar una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de esos pueblos indígenas y garantizar el respeto de su integridad”. En este sentido, se exige, entre otras cosas, que los pueblos indígenas participen “a todos los niveles en la adopción de decisiones en (...) organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen” y “en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (artículos 6.1 b) y 7.1 respectivamente) (Organización Internacional del Trabajo, 1991).

El presente proyecto de Ley no supuso una novedad, pues existieron con anterioridad otros proyectos de Ley que anticiparon la creación de un Ministerio de Pueblos Indígenas. Así, tal y como se mencionó anteriormente, durante la primera administración de Michelle Bachelet, la entonces presidenta de la República de Chile presentó en el año 2009 dos Mensajes presidenciales. En el primero de ellos se anunciaba a la creación de un proyecto de Ley por el que se creaba el “Ministerio de Asuntos Indígenas y la Agencia de Desarrollo Indígena” [Boletín N° 6726-06]²⁶. En cuanto al segundo Mensaje, éste correspondía al proyecto de Ley que creaba el “Consejo de Pueblos Indígenas” [Boletín N° 6743-06]²⁷ (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2018)²⁸. La iniciativa de creación de este Consejo también formó parte del Programa del primer Gobierno del Presidente Sebastián Piñera (2010-2014), no así la iniciativa de crear un Ministerio de Pueblos Indígenas (Piñera, 2009).

El diseño institucional que se propuso en el proyecto de Ley implicaba la existencia de una estrecha relación entre el Ministerio de Pueblos Indígenas, el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas. La norma matriz en materia de participación indígena está contenida en el inciso tercero del artículo 1 del proyecto, el cual establece que: *“Los pueblos indígenas, especialmente a través de los Consejos de Pueblos Indígenas y del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas participarán en la formulación y evaluación de las políticas, planes y programas de desarrollo nacional y regional indígena, de conformidad a la normativa vigente”* (Poder Ejecutivo, 2016a). Por lo tanto, la referencia que hace el legislador a los Consejos de Pueblos Indígenas y al Consejo Nacional Indígena permite determinar que la normativa del proyecto de Ley por el cual se crean los

En el mismo orden, el Convenio N° 169 de la OIT establece que debe garantizarse que la “autoridad gubernamental responsable” de los asuntos indígenas cuente con los mecanismos apropiados y medios suficientes para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas (artículo 33.1). Asimismo, en el inciso segundo del mismo artículo se establece que dichos programas deben incluir:

- a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;
- b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados (Organización Internacional del Trabajo, 1991).

26 Mensaje N° 1254-357 del 29 de septiembre de 2009.

27 Mensaje presidencial del 29 de octubre de 2009.

28 Ambas propuestas formaban parte de las 50 primeras medidas para los primeros cien días de Gobierno. Bachelet señaló que: *“En los primeros 100 días de Gobierno enviaremos un proyecto de ley con discusión inmediata, que confiere rango de Ministro de Asuntos Indígenas al Director de la CONADI. Pero este es el primer paso. Para que tenga más fuerza esta institución se enviará al Congreso el proyecto de ley que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas, que será además el encargado de colaborar con el Presidente de la República en la definición de una política indígena para Chile. Junto a este, enviaremos el proyecto de ley que crea el Consejo de Pueblos Indígenas, autónomo y representativo de los diversos pueblos que existen en Chile. El Consejo deberá tener funciones consultivas y resolutorias y garantizar la debida representación por Pueblos, entre otras materias. Esta iniciativa será con consulta de los Pueblos Indígenas”* (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2018, p. 10).

mismos [Boletín N° 10526-06] complementa el proyecto de Ley por el cual se crea el Ministerio de Pueblos Indígenas.

Tal y como se comentó anteriormente, por medio de dicho proyecto de Ley se pretendía adjudicar al Ministerio la facultad de “*promover el estudio, diseño, elaboración, monitoreo y evaluación de la Política Nacional Indígena*” (artículo 4). Dicha política buscaba incentivar la plena participación de estos pueblos -como colectividad- y la de sus integrantes en la vida nacional, así como garantizar el ejercicio de las garantías fundamentales que el ordenamiento jurídico les reconoce. Por otra parte, buscaba implementar la promoción del acceso a los recursos naturales, la protección de la tierra indígena, el equilibrio ecológico y el desarrollo económico y social de los miembros que pertenecen a la comunidad.

La idea es que, si bien el Ministerio constituiría un órgano de la Administración del Estado chileno, el mismo tendría una directa relación con los pueblos indígenas (Bachelet Jeria, 2016b).

El Ministerio, en su función de órgano público, sería el encargado de promover que los demás órganos del Estado desarrollaran una acción coordinada y sistemática en relación con los derechos indígenas, a fin de garantizar su respeto e integridad. Dentro del ámbito de sus competencias, correspondería al Ministerio de Pueblos Indígenas la implementación del Convenio N° 169 de la OIT, así como su seguimiento y evaluación. Asimismo, entre sus funciones también se encontrarían:

- a) Planificar y desarrollar las políticas, planes, programas y medidas especiales que promuevan el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población (artículo 2).
- b) Colaborar y prestar asesoría técnica a los demás organismos de la Administración del Estado en la implementación y ejecución de los procesos de consulta previa indígena (artículo 3).
- c) Coordinar y colaborar con los demás órganos de la Administración del Estado, en la implementación del Convenio N° 169 de la OIT, hacerle seguimiento y evaluar sus resultados (artículo 5).

- d) Elaborar y proponer al (a la) Presidente(a) de la República iniciativas legales, reglamentarias y administrativas en las materias de su competencia y evaluar su aplicación (artículo 6 letra b)²⁹.
- e) Elaborar y proponer los planes y programas destinados al desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas pudiendo, además, elaborar y coordinar los planes y programas intersectoriales de desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas y coordinarlos, incluyendo planes de educación y difusión cultural orientados a fomentar relaciones interculturales apropiadas (artículo 6 letra c)³⁰.
- f) Desarrollar políticas, planes y programas, en coordinación con los demás órganos y servicios públicos con competencia en la materia, destinados a prevenir y erradicar la discriminación contra los pueblos indígenas, comunidades y personas indígenas, en especial contra niños, niñas y mujeres indígenas (artículo 6 letra e).
- g) Generar programas de asesoría y defensa jurídica de los indígenas y sus comunidades (artículo 6 letra f).
- h) Proponer al (a la) Presidente(a) de la República medidas destinadas a la protección de las tierras y territorios indígenas y de los recursos naturales existentes en ellas (artículo 6 letra g)³¹.

Asimismo, el proyecto contemplaba la posibilidad de establecer “Áreas de Desarrollo Indígena”, que serían espacios territoriales en los que se focalizarían y se desarrollarían beneficios

²⁹ Por su parte, el proyecto de Ley que crea los Consejos Indígenas establece que el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas puede proponer al Ministerio, con la colaboración de los Consejos de Pueblos Indígenas, la creación o modificación de normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros (artículo 15 letra f y artículo 3 letra c). Sin embargo, no existe una obligación del Ministerio de ejercer su atribución de elaborar y proponer normas en cooperación con los pueblos indígenas, pues sólo tiene la obligación de recibir las propuestas del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas y de cualquier otra organización o persona, en virtud del derecho constitucional de petición previsto en el artículo 19.14 de la Constitución Política de la República de Chile. Todo ello sin perjuicio de la obligación del Ejecutivo de someter a consulta previa un eventual proyecto de Ley o de modificación de normas reglamentarias o administrativas que recaigan sobre materias susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, de conformidad al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT. Esto es, una cosa es la participación indígena en la elaboración de propuestas, y otra, la consulta previa que debe realizarse respecto de dichas propuestas (Meza-Lopehandía, 2016).

³⁰ Por su parte, el proyecto que crea los Consejos Indígenas contempla la facultad de los mismos para proponer, observar y recomendar en relación con la elaboración, implementación, ejecución y evaluación de estos planes y programas de desarrollo indígena en sus diversas dimensiones (artículo 3 letra b) (Poder Ejecutivo, 2016b).

³¹ Esta atribución debe ser ejercida en colaboración con el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas (CNPI), en la medida en que constituye un modo de implementación del Convenio N° 169 y otros tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile (artículo 15 letra b) (Poder Ejecutivo, 2016b).

económicos, sociales y culturales, en consulta y participación de los pueblos interesados (artículo 7)³².

También estableció que el Ministerio de Pueblos Indígenas debería mantener un “Registro de Autoridades y Organizaciones Tradicionales Indígenas” por cada pueblo indígena. La iniciativa sobre su creación radicaba en el propio pueblo interesado y debía llevarse a cabo con la colaboración del mismo (artículo 6 letra i)³³. La autoridad responsable de mantener este registro sería el Subsecretario de Pueblos Indígenas (artículo 10 letra a).

En cuanto a su organización administrativa, el Ministerio estaría compuesto por el Secretario(a) de Estado, el (la) Subsecretario(a) de Pueblos Indígenas y las Secretarías Regionales Ministeriales en todas las regiones del país (artículo 8). El proyecto otorgaba a cada uno de ellos relevantes competencias relativas a la implementación de la participación y consulta indígena, la coordinación con los otros organismos públicos competentes y la asistencia técnica necesaria (artículos 9 a 11).

También se contemplaba la creación de un Comité Interministerial sobre Pueblos Indígenas encargado de colaborar con el Ministro de Pueblos Indígenas en la elaboración, seguimiento y evaluación de las políticas, así como de resolver con carácter vinculante las solicitudes de procedencia de consulta previa indígena³⁴ (artículo 14).

Por último, el proyecto eliminó la CONADI y su Consejo Nacional y lo sustituyó por un Servicio Nacional de Pueblos Indígenas [SENAPI] (Título II, artículo segundo).

32 Por su parte, el CNPI tenía atribuciones para proponer al Ministerio su creación, evaluar su funcionamiento, hacer recomendaciones y proponer modelos de administración (artículo 15 letra g) (Poder Ejecutivo, 2016b).

33 Por su parte, el proyecto de Ley de los Consejos de Pueblos Indígenas estableció expresamente la atribución de los CPI para colaborar en su mantención, sin mencionar la participación de los mismos en su creación (artículo 3 letra j del proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas). Lo anterior sugiere que ésta podría ser solicitada por cualquier organización indígena representativa del pueblo concernido, y eventualmente por el CPI respectivo, en el ejercicio de su facultad genérica de representación de intereses, necesidades y derechos colectivos del respectivo pueblo (artículo 1 del proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas) (Meza-Lopehandía, 2016).

34 Esta última función que otorga el proyecto de Ley al Comité Interministerial de Pueblos Indígenas modifica la situación actual, en la que es el órgano responsable de la medida que se consulta es quien resuelve sobre su procedencia. Esta solución concentra en un solo órgano la decisión sobre procedencia de consulta previa, favoreciendo así la unificación de criterios y la acumulación de experiencia en la evaluación de la dimensión intercultural de este tipo de decisiones. Asimismo, se reduciría la vía administrativa a esta única instancia (Meza-Lopehandía, 2016).

Tal y como se desprende de la lectura de los artículos del presente proyecto de Ley, se hace constante alusión tanto al Consejo Nacional de Pueblos Indígenas como a los Consejos de Pueblos Indígenas. El diseño institucional que se propone en ambos proyectos de Ley implica la existencia de una estrecha relación entre el Ministerio de Pueblos Indígenas y dichos Consejos a propósito de la Política Nacional Indígena. Así se establece en el artículo transitorio cuarto del Proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas, según el cual: *“La presente ley entrará en vigor en la misma fecha en que inicie sus funciones el Ministerio de Pueblos Indígenas, o a contar de la fecha de publicación de la presente ley, en el caso de que ésta última sea publicada con posterioridad a la ley del Ministerio de Pueblos Indígenas”* (Poder Ejecutivo, 2016b). Con ello se supeditaba la entrada en vigor de la ley al inicio efectivo de funciones del Ministerio de Pueblos Indígenas.

Un elemento positivo por valorar de ambos proyectos es que introdujeron una nueva institucionalidad para los pueblos indígenas, constituyendo una importante transformación de las relaciones entre el Estado chileno y los pueblos indígenas. Del proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas destaca principalmente el conjunto de competencias y funciones que se entregan a dicho Ministerio, como por ejemplo la elaboración y proposición de la Política Nacional Indígena; el diseño, coordinación y evaluación de las políticas destinadas a promover y fortalecer los derechos de los pueblos indígenas; la facultad de presentar iniciativas legales, reglamentarias y administrativas; y la facultad de generar programas de asesoría técnica y defensa jurídica de los pueblos indígenas, entre otras.

Es destacable el hecho de que, según el presente proyecto, le correspondiera al Ministerio la función de colaborar y prestar asesoría técnica a los demás órganos de la Administración de Estado en la implementación y ejecución de los procesos de consulta previa indígena (artículo 3), pues esto permitiría generar unas directrices homogéneas. Ahora bien, preocupa el hecho de que el proyecto de Ley supeditara a regulación reglamentaria los *“elementos necesarios para determinar la procedencia y ejecución de los procesos de consulta previa y participación de los pueblos indígenas, conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT”* (artículo 3, inciso primero) sin establecer ninguna directriz al respecto. Del mismo modo, el proyecto de Ley también supedita a regulación reglamentaria muchas otras materias trascendentales reguladas por el mismo como el funcionamiento del Comité Interministerial (artículo 14, inciso segundo), la organización del

Ministerio de Pueblos Indígenas (artículo 8) y los procedimientos de establecimiento, administración y gestión de las “Áreas de Desarrollo Indígena” (artículo 7, inciso tercero). En relación con estas últimas, además, el proyecto tampoco fija mecanismos específicos de participación de los pueblos indígenas en ellas.

En diversas partes del proyecto se menciona la participación de los pueblos indígenas en las acciones comprendidas dentro de las facultades del Ministerio³⁵. A pesar de ello, no se especifica el modo en el que se materializaría dicha participación indígena ni el alcance de la misma. De acuerdo con el Instituto Nacional de Derechos Humanos, del análisis conjunto con el proyecto de Ley que crea los Consejos y el Consejo Nacional de los Pueblos Indígenas, se observa que la participación sería sólo de carácter consultiva sin poseer efectos vinculantes (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2018). Por lo tanto, la participación indígena quedaría reducida a una expresión meramente declarativa.

En materia de consulta indígena, anteriormente se mencionó que el proyecto delegaba en el Comité Interministerial sobre Pueblos Indígenas la competencia de resolver con carácter vinculante las solicitudes de procedencia de consulta previa indígena (artículo 14), siendo el Ministerio de Pueblos Indígenas el encargado de recibir y analizar las solicitudes de procedencia de consulta previa indígena (artículo 3, inciso segundo). Si bien parece acertado el hecho de que sea el Ministerio quien reciba y analice las solicitudes de consulta indígena por parte de los órganos del Estado, pues se centraliza y se da coherencia al proceso, preocupa el hecho de que una materia tan trascendente quede determinada con carácter vinculante por el Comité Interministerial, pues una vez más el proyecto no indica la integración ni funcionamiento del mismo, sino que la misma queda relegada a regulación reglamentaria (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2018).

Lo mismo sucede con la Política Nacional Indígena. Si bien en el proyecto se introducen elementos positivos como que el objetivo general de la Política Nacional Indígena será “(...)

35 Algunos artículos a modo de ejemplo son:

- Fundamentos del proyecto de Ley, apartado de “Contenido de Proyecto”: *“Al Ministerio de Pueblos Indígenas le corresponderá, dentro de sus funciones, promover que los demás órganos públicos desarrollen una acción coordinada y sistemática, en conjunto con los pueblos indígenas, a través de su Consejo Nacional (...)”*.
- Artículo 1, inciso tercero: *“Los pueblos indígenas, especialmente a través de los Consejos de Pueblos Indígenas y del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas participarán en la formulación y evaluación de las políticas, planes y programas de desarrollo nacional y regional indígena (...)”*.
- Artículo 4: *“Corresponderá el Ministerio de Pueblos Indígenas, con la participación de los pueblos indígenas, especialmente a través de los Consejos de Pueblos Indígenas y del Consejo Nacional de los Pueblos Indígenas, el estudio, diseño, elaboración, monitoreo y evaluación de la Política Nacional Indígena (...)”* (Poder Ejecutivo, 2016a).

desarrollar una acción coordinada y sistemática de los órganos de la Administración del Estado, orientada a proteger los derechos de los pueblos indígenas y garantizar el respeto de su integridad, conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT” (artículo 4, inciso primero), no determina ni la forma ni los medios con los que desarrollaría dicho objetivo.

Tal y como se mencionó más arriba, el presente proyecto de Ley introdujo una gran modificación al suprimir la CONADI y sustituirla por el SENAPI (Título II, artículo segundo). Un aspecto por destacar de esta reforma es que, al suprimir la CONADI, el proyecto de Ley encargó al Ministerio de Pueblos Indígenas la tarea de desarrollar las políticas respecto del Fondo de Tierras y Aguas, en colaboración con el SENAPI, sustituyendo así al Consejo de la CONADI (artículo 6 letra d). Tal y como se expuso en el Capítulo I, una de las disposiciones fundamentales de la Ley N° 19.253 es la creación de un Fondo de Tierras y Aguas, cuyo objeto fundamental es financiar soluciones a las reivindicaciones indígenas en todo lo referente a tierras y agua (artículo 20 LDI). Actualmente dicho fondo es administrado por la CONADI, siendo su Consejo Nacional el que debe aprobar anualmente un programa para su utilización (artículo 42 letra c LDI). Dicho Consejo está compuesto por 8 consejeros elegidos por los indígenas inscritos en los respectivos registros y 9 consejeros designados por el Presidente de la República (artículo 41 LDI).

La nueva redacción del proyecto de Ley en este aspecto introduce cambios regresivos en el nivel de participación indígena, pues la dirección superior de la CONADI recae actualmente en el Consejo Nacional, con participación indígena (artículo 41 LDI), mientras que la dirección del SENAPI recae en un Director Nacional designado por el Ejecutivo.

Al suprimirse el Consejo Nacional de la CONADI, los pueblos indígenas dejarían de participar directamente en la aprobación del programa anual del Fondo de Tierras y Aguas³⁶, limitando su participación a la colaboración que corresponda al Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, o a las recomendaciones que puedan realizar los Consejos de Pueblos Indígenas en ejercicio de sus respectivas atribuciones (Meza-Lopehandía, 2016)³⁷.

³⁶ Actualmente el Consejo Nacional de la CONADI cuenta con atribuciones resolutorias para determinar las tierras que constituyen tierras indígenas por haber sido cedidas por el Estado (artículo 12 letra d LDI). Asimismo, tiene facultades resolutorias en materia de la organización interna del Servicio (artículo 44 letra b LDI); en la decisión del presupuesto anual de la Corporación (letra d); y en los planes y programas de desarrollo indígena de ejecución de la subdirección (art. 54 letra c LDI) (Congreso Nacional, 1993).

³⁷ Los pueblos indígenas no sólo dejarían de participar en la aprobación de dicho programa, sino que también en todo aquello referido a las competencias que la Ley N° 19.253 otorga al Consejo Nacional de la CONADI: atribuciones resolutorias para determinar las tierras que constituyen tierras indígenas por haber sido cedidas por el Estado (artículo 12 letra d LDI), facultades resolutorias en materia de la organización interna del Servicio (artículo 44 letra b LDI); y la decisión del presupuesto anual de la Corporación (artículo 44 letra d), entre otras (Congreso Nacional, 1993).

Un tema controversial en ambos proyectos de Ley fue el proceso de consulta indígena. En los Mensajes presidenciales introductorios de los proyectos, Bachelet manifestó que se siguieron los estándares internacionales en materia de consulta indígena, concretamente el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT. Asimismo, señaló que: “(...) se llegó a acuerdos respecto de la medida legislativa en cuestión con los nueve pueblos indígenas, los que consintieron en la creación de este órgano del Estado” (Bachelet Jeria, 2016b, p. 3). Ahora bien, el INDH difiere en este punto. Cuando en 2014 el Ministerio de Desarrollo Social decidió someter a consulta previa las propuestas tendientes a establecer un Ministerio de Pueblos Indígenas y la creación del Consejo Nacional y Consejos de Pueblos Indígenas, invitó al INDH para realizar la observación al proceso de consulta previa. A lo largo del proceso, el INDH identificó algunas debilidades a la luz de los estándares internacionales sobre la materia, que dejó reflejadas en su Informe Final. Así, manifestó que, en la consulta efectuada, si bien se abordaron medidas esenciales, hubo toda una serie de materias trascendentes que, por su especificidad, no fueron abordadas o no figuran como acuerdos en la consulta desarrollada por el Ministerio de Desarrollo Social. Hubo procesos de diálogo que no concluyeron y solicitudes de extensión de plazo para dialogar que no fueron consideradas, y que incluso ocasionaron la interposición de acciones judiciales. También determinó que el diálogo en torno a la creación del Ministerio tuvo mayor priorización en perjuicio del debate en torno a los Consejos de Pueblos Indígenas, evidenciándose que los plazos de discusión tuvieron que haber sido más extensos que los que finalmente se establecieron (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015).

En definitiva, si bien ambos proyectos de Ley tienen elementos que deberían ser redefinidos por el legislador, constituyen una iniciativa legal que promueve una nueva institucionalidad indígena que permitiría facilitar espacios de diálogo y acuerdos entre el Estado chileno y los pueblos indígenas, acuerdos hoy en día deficientes. Así, Chile cuenta con una institucionalidad insuficiente en materia indígena. De procesar las iniciativas de Ley comentadas, se podría avanzar en superar dichas instancias. De acuerdo con Verónica Figueroa Huencho³⁸, “*En Chile no existe ninguna instancia política a nivel ministerial que haga política indígena. En 1993 con la Ley N° 19.253 se crea la CONADI, que es una corporación de desarrollo indígena pero que en términos formales tiene el rango de un servicio público, por lo tanto, no tiene la prerrogativa de hacer política. La política indígena en Chile está más bien sectorizada, pero no hay ningún Ministerio que piense la política indígena de manera transversal, y esa es la relevancia que tiene la creación de un Ministerio Indígena*” (León, 2019, párrs. 4-5).

³⁸ Profesora asociada del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile y también senadora universitaria para el período 2018-2022. La formulación e implementación de políticas públicas indígenas en Chile ha sido una de sus principales áreas de investigación (Figueroa Huencho, 2019).

Tal y como se expuso anteriormente, la presentación de ambos proyectos no supone una novedad, sino que ya habían sido planteados con anterioridad en la primera administración de Michelle Bachelet en 2009. Ambos proyectos no prosperaron en aquella ocasión y tampoco lo hicieron en ésta, pues siguen en tramitación parlamentaria ante el Congreso de Diputados. Según Verónica Figueroa Huencho, esto se debe a que *“pese a las fallas sistemáticas de la política pública, el tema indígena no ha alcanzado la magnitud en la agenda pública como para desestabilizar a un gobierno. Ninguna encuesta muestra que un gobierno o su coalición pierda por el tema indígena. Es un tema que se atiende, como apagar un incendio, pero luego se atienden otros temas. No hay un incentivo político a que los temas indígenas sean relevantes”* (Figueroa Huencho, 2019, párr. 9). Por su parte, el coordinador académico de la Cátedra Indígena de la Universidad de Chile, Claudio Millacura, afirmó sobre el Ministerio Indígena que *“se trata de una antigua demanda de las organizaciones indígenas, que en el actual escenario de mala relación que tienen los pueblos indígenas, particularmente el pueblo mapuche, con el Estado de Chile, es una demanda añeja, fuera de momento y de contexto”* (León, 2019, párr. 7).

5. CAPÍTULO 5. POLÍTICAS PÚBLICAS DEL GOBIERNO DE BACHELET EN RELACIÓN CON LOS PUEBLOS ORIGINARIOS (PERÍODO 2017-2018)

5.1. El Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas (21 de agosto de 2017)

Otra de las propuestas más relevantes formuladas por Bachelet en su Programa de Gobierno fue la elaboración de un Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas. Éste constituye un proyecto que generó muchas expectativas al inicio de la política de Estado de Bachelet para hacer frente a la preocupante situación de afectación de los derechos humanos por parte de empresas, tanto públicas como privadas, nacionales o extranjeras. Antes de entrar a analizarlo, es importante destacar que, de acuerdo con el INDH, en 2015 existían un total de 102 conflictos socio-ambientales generados por proyectos de inversión de empresas privadas y públicas relacionados con una afectación de diversos derechos humanos, la mayoría de ellos referidos al derecho al medio ambiente, al agua, a los derechos de participación y a la consulta de pueblos indígenas, entre otros (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015).

El Plan de Acción surge a consecuencia de la aprobación por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de un conjunto de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en junio del 2011. Dichos Principios Rectores constituyen un compromiso de los Estados de abordar conjuntamente las consecuencias negativas de las actividades empresariales sobre los derechos humanos, e identifican y describen los contenidos de dicho deber, así como la responsabilidad de las empresas en la materia (Naciones Unidas, 2011a).

Estos Principios Rectores están compuestos por tres pilares:

- a) El Pilar 1 fija la obligación legal de los Estados de proteger a las personas de las consecuencias negativas sobre los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, y establece un conjunto de principios operativos con los cuales los Estados deben poner en práctica este deber.
- b) El Pilar 2 establece la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y estructura un proceso mediante el cual las empresas deben hacer efectiva esta responsabilidad.

- c) El Pilar 3 especifica la necesidad de garantizar un mejor acceso a la reparación para las víctimas, así como fija una responsabilidad conjunta de los Estados y las empresas.

Una vez estos Principios Rectores fueron aprobados por los Estados en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos comenzó a exhortar a los gobiernos a desarrollar Planes de Acción Nacionales (PAN) a fin de poner en práctica dichos principios. Chile es uno de los 24 Estados que, a la fecha de hoy, han elaborado un PAN (Naciones Unidas, 2020). El mismo fue dado a conocer oficialmente el 21 de agosto de 2017, durante el Gobierno de Michelle Bachelet. La primera vez que el Gobierno de Bachelet anunció el desarrollo del PAN fue en diciembre de 2014, en el III Foro Anual de Derechos Humanos y Empresas de las Naciones Unidas. La elaboración del PAN fue encomendada en 2015 a un Grupo de Trabajo Interministerial coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, instancia de la que fueron parte representantes de once ministerios y el Punto de Contacto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE]³⁹. La participación de representantes de trabajadores, sociedad civil en general y de pueblos indígenas fue inexistente (Aylwin, Didier y Guerra, 2019).

A fin de elaborar el PAN, se llevaron a cabo un conjunto de diálogos en el que participaron empresas, sindicatos, la sociedad civil y los pueblos indígenas en diferentes ciudades del país como Antofagasta, Santiago y Temuco, con la finalidad de incorporar al PAN sus opiniones y recomendaciones. Es importante destacar que la participación de la ciudadanía en el proceso de elaboración de este Plan distó mucho de ser óptima, dado que muchas de las propuestas que surgieron de los diálogos organizados no fueron incorporadas en el Plan. Con posterioridad a estos diálogos, se realizó una consulta electrónica sobre el PAN. Debe mencionarse que una consulta de dicha naturaleza no resulta el instrumento más idóneo para conseguir una participación ciudadana, particularmente de los sectores rurales e indígenas, los cuales son los más afectados por la actividad empresarial en Chile. Además, no se consultó a los pueblos indígenas, según lo fijado en el Convenio N° 169 de la OIT. Tal y como se mencionó en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, esto constituye una omisión, pues el Estado debe realizar dicha consulta cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (Aylwin, Didier y Guerra, 2019).

³⁹ La OCDE es un organismo de cooperación internacional compuesto por 37 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales (<https://www.oecd.org/acerca/>).

En cuanto a los objetivos del mismo, destaca como objetivo general “*fortalecer la protección de los derechos humanos por parte del Estado de Chile en relación con la actuación de las empresas, entendiendo esto como base fundamental del desarrollo sostenible*” (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 32). Para lograr dicho objetivo general, el PAN enumera otros objetivos:

- a) Contribuir al fortalecimiento de la coherencia de políticas públicas en materia de derechos humanos y empresas.
- b) Generar espacios de diálogo nacional que permitan fomentar el respeto de derechos humanos en el ámbito empresarial.
- c) Prevenir potenciales impactos negativos en los derechos humanos que se puedan generar en el contexto de actividades empresariales.
- d) Promover la debida diligencia en derechos humanos dentro de la gestión empresarial responsable.
- e) Fortalecer los mecanismos de reparación para los afectados, propendiendo, además, la solución pacífica de conflictos.
- f) Contribuir al cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 32-33).

Para alcanzar estos objetivos, el PAN considera un conjunto de acciones, las cuales organiza según los tres pilares de los Principios Rectores.

5.1.1. Pilar 1: Deber de los Estados de proteger los derechos humanos

Según el PAN, para cumplir con el deber primario de protección de los derechos humanos, el Estado debe generar políticas, reglamentaciones e incentivos adecuados para que las empresas no generen impactos adversos en estos derechos. Para lograrlo, el PAN fija un conjunto de compromisos estructurados en nueve ejes:

- 1) Eje 1. Capacitaciones en Materia de Derechos Humanos y Empresas: en este Eje el PAN propone el desarrollo de actividades capacitación a fin de generar un entendimiento en el marco de los derechos humanos y las empresas. Estas capacitaciones son a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Medio Ambiente y el INDH, entre otros entes públicos.

- 2) Eje 2. Diálogo: por medio del presente eje, el PAN fija la necesidad de generar más instancias de diálogo multiactor que permitan discutir los problemas que se enfrentan en el contexto de las operaciones empresariales. Concretamente propone diálogos a fin de construir un plan de desarrollo territorial que considere las demandas de participación de los pueblos indígenas y el Convenio N° 169 de la OIT, así como diálogos entre empresas y comunidades de las localidades donde se desee instalar proyectos energéticos.
- 3) Eje 3. Inclusión y no discriminación: en este eje el PAN identifica que hay grupos en riesgo de sufrir vulneraciones en diferentes ámbitos relacionados a las operaciones empresariales, como las mujeres y los pueblos indígenas, entre otros. Para evitarlo, propone la participación de distintos ministerios, como por ejemplo el Ministerio de Desarrollo Social, encargado de gestionar una Mesa de Coordinación con participación de pueblos indígenas con el fin de proponer medidas de no discriminación; o el Ministerio de Energía, encargado de la promoción del respeto de los derechos de los pueblos indígenas en los proyectos energéticos (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017).
- 4) Eje 4. Transparencia y participación: en este eje el PAN reivindica la necesidad de transparencia a fin de que los diferentes actores puedan participar de manera informada y en igualdad de condiciones. El PAN propone, entre otras acciones, una plataforma de transparencia que operará vía web, en donde las comunidades podrán tener acceso a los procesos de diálogo que se están desarrollando o se han desarrollado en torno a proyectos de energía, los acuerdos obtenidos y su cumplimiento, y la integración de estándares de derechos humanos y empresas en la Guía de Participación Indígena en el desarrollo de Proyectos de Energía.
- 5) Eje 5. Contrataciones Públicas: en este punto el PAN señala que el Estado debe liderar con ejemplo e integrar estándares de derechos humanos en las compras de bienes y servicios. Para lograrlo propone, entre otras cosas, incorporar en el sistema de compras públicas una cláusula en la que el oferente se obligue a respetar los derechos humanos en concordancia con los Principios Rectores.
- 6) Eje 6. Fortalecimiento de la Coherencia entre Políticas Públicas: en este eje el PAN menciona la necesidad de generar instancias de coordinación dentro del Estado que permitan dar señales claras en materia de derechos humanos y empresas desde sus

distintos organismos y servicios, así como de las políticas públicas que se ejecutan. Para ello propone, entre otros, difundir la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en, al menos, dos instancias de participación y diálogo, específicamente orientadas a abordar los temas de derechos en el ámbito social, con la participación de empresas, centros académicos, sociedad civil, Estado y organismos autónomos.

- 7) Eje 7. Fortalecimiento de la Coherencia Pública Internacional: en este eje el PAN destaca la importancia de fortalecer la coherencia que debe existir en la posición internacional de Chile en materia de derechos humanos y empresas, tanto en foros internacionales como respecto a la firma de acuerdos económicos internacionales y otros acuerdos. Para ello propone muchas medidas, entre las cuales destaca la incorporación de los Principios Rectores de Naciones Unidas en los acuerdos comerciales que Chile suscriba (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017).
- 8) Eje 8. Legislación, Políticas e Incentivos: en este eje el PAN constata que se está realizando un análisis de las brechas existentes en la legislación sectorial en materia de derechos humanos y empresas, y se compromete a ciertas acciones como promover y diseñar los mecanismos necesarios para implementar la política de desarrollo local vinculada a proyectos energéticos.
- 9) Eje 9. Empresas Estatales: el PAN menciona aquí que una de las áreas de atención de los Principios Rectores son las empresas públicas y su especial deber de cuidado y diligencia en relación con el respeto de los derechos humanos, y sostiene que *“las empresas públicas tienen que liderar con el ejemplo”* (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 62). Para ello propone, entre otras cosas, que el Ministerio de Economía impulse la incorporación de los Principios Rectores en las empresas que conforman el Sistema de Empresas Públicas [SEP].

Si bien el PAN contiene medidas que pueden ser valoradas, no se da cumplimiento de la obligación fijada en su Pilar 1, la protección de los derechos humanos por parte de los Estados. Es importante señalar que esta obligación estatal de proteger los derechos humanos, más allá de los Principios Rectores, encuentra su fundamento en tratados internacionales de derechos humanos

ratificados por el Estado chileno, entre los cuales se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU⁴⁰, y la Convención Americana de Derechos Humanos⁴¹.

El PAN presenta una gran debilidad en relación con este deber. Esto puede observarse en el Eje 8 del mismo, en el cual se menciona que *“los cambios políticos son procesos de larga discusión”* (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 60). Puede entenderse que el Estado no toma en consideración su obligación de hacer cumplir las leyes vigentes que se encargan de proteger los derechos humanos, así como evaluarlas periódicamente para comprobar si resultan adecuadas o no. En el mismo Eje 8, el PAN tampoco menciona las leyes que rigen la actividad de las empresas ni de la necesidad de asegurar que éstas no restrinjan los derechos humanos, tal y como ocurre en Chile.

Asimismo, a partir de una lectura del PAN tampoco se identifican medidas a través de las cuales el Estado pueda garantizar que las empresas domiciliadas en su territorio respeten los derechos humanos en el desarrollo de sus actividades, tal y como exige el segundo Principio Rector de las Naciones Unidas, según el cual: *“Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades”* (Naciones Unidas, 2011a, p. 4).

El cuarto Principio Rector establece que: *“Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los*

40 El mismo establece en los incisos primero y segundo de su artículo 2:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.” (Naciones Unidas, 1976a).

41 La Convención fija en su artículo 1, inciso primero: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”* (Organización de los Estados Americanos, 1978).

Y sigue en su artículo 2: *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”* (Organización de los Estados Americanos, 1978).

organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.” (Naciones Unidas, 2011a, p. 7).

Al respecto, el PAN tampoco aborda en profundidad el nexo entre el Estado y las empresas, sino que se limita a reconocer que las empresas públicas deben liderar con el ejemplo (Eje 9), proponiendo la identificación de “eventuales impactos en los derechos humanos” por parte del ENAP⁴², así como la creación de un plan piloto de CODELCO⁴³ y la incorporación de los Principios Rectores al Sistema de Empresas Públicas.

El PAN tampoco contiene referencias relativas al respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en las zonas afectadas por conflictos. De acuerdo con el Principio Rector séptimo, los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos de los derechos humanos, adoptando para ello un conjunto de medidas, entre las cuales se encuentran:

“c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación; d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos” (Naciones Unidas, 2011a, p. 10).

Uno de los factores que ha contribuido de manera sustancial a la existencia del conflicto *mapuche* es la presencia de las empresas forestales, las cuales han concentrado la propiedad de gran parte de tierras *mapuche*, y cuyas plantaciones con especies exóticas han generado graves impactos en el pueblo *mapuche*. Se trata de una actividad cuya expansión ha sido subsidiada por el Estado chileno mediante legislación dictada a tales efectos. Es por ello por lo que su abordaje en el PAN habría sido de gran relevancia.

Por último, el PAN no aborda con suficiente profundidad el deber de garantizar la coherencia política del Estado para asegurar que los derechos humanos no se vean afectados como consecuencia de ello. A estos efectos, el noveno Principio Rector establece que: *“Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus*

42 Empresa Nacional del Petróleo.

43 Corporación Nacional del Cobre de Chile.

obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo, a través de tratados o contratos de inversión” (Naciones Unidas, 2011a, p. 12).

Si bien en su Eje 7 el PAN se compromete a incorporar los Principios Rectores en los acuerdos comerciales que el Estado chileno suscriba y en coordinación con las autoridades competentes (Ministerio de Trabajo, Unidad de Asuntos Internacionales), las medidas propuestas en el PAN no parecen ser suficientes en relación con lo señalado al respecto tanto por instancias internacionales de derechos humanos, como por organizaciones de derechos humanos y sociedad civil. Naciones Unidas ha advertido sobre los impactos adversos que estos tratados pueden tener en los derechos humanos, proponiendo a tales efectos la realización de una evaluación del impacto en los derechos humanos de manera previa a su suscripción (Naciones Unidas, 2011b) Asimismo, Naciones Unidas también ha señalado la necesidad de que se revisen los mecanismos de resolución de controversias entre inversores y Estados, ya que los mismos pueden resultar vulneratorios de los derechos humanos, así como que se preserven mecanismos de consulta a los pueblos indígenas cuando exista susceptibilidad de que estos sean afectados directamente por dichos acuerdos (Naciones Unidas, 2015a).

5.1.2. Pilar 2: Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos

Los Principios Rectores recogen el concepto de “debida diligencia” que las empresas deben observar respecto a los derechos humanos. Esta debida diligencia “(...) *constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos*” (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 8). El mismo debe “(...) *incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.*” (Principio Rector N° 17) (Naciones Unidas, 2011a, p. 20).

En relación con el Pilar 2, las líneas de acción que se proponen en el PAN están “(...) *destinadas a apoyar los procesos de instalación de capacidades de derechos humanos en las empresas, así como impulsar la implementación de la debida diligencia en derechos humanos por éstas, con el fin de que puedan identificar, prevenir, mitigar y, en su caso, reparar los impactos*

adversos reales y potenciales en el marco de sus operaciones” (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 65).

El Pilar 2 se organiza en tres ejes, a partir de los cuales desarrolla un conjunto de medidas:

- 1) Eje 1. Cuestiones de contexto: generación de documentos que permitan a las empresas comprender el contexto local y los riesgos de potenciales impactos negativos en los derechos humanos.

Las medidas desarrolladas en este eje implican únicamente acciones positivas de instituciones estatales (Ministerio de Relaciones Exteriores, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Salud Pública, Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Energía, Servicio de Evaluación Ambiental). Además, gran parte de estas medidas consisten en la generación de documentos que permitan a las empresas acceder a la información necesaria sobre la legislación aplicable, para que las mismas puedan:

- Cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen;
- Buscar fórmulas que les permitan respetar los derechos humanos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas;
- Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos, como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 68).

- 1) Eje 2. Fomento de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos.

Las medidas planteadas en este segundo eje están orientadas exclusivamente a la exigencia de conductas positivas del Estado.

- 2) Eje 3. Reportes en materia de derechos humanos.

Las medidas contenidas en este eje implican que el Estado, por medio del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, aliente a que las empresas comuniquen la forma en la que abordan los riesgos de impactos adversos en los derechos humanos. Para ello, el Ministerio de Economía debe:

- Impulsar la creación de una Guía sobre la responsabilidad de las empresas públicas en relación con los derechos humanos.
- Incentivar el uso de mecanismos de reporte en derechos humanos entre las empresas públicas.
- Fomentar estrategias y mecanismos de rendición de cuentas y reportabilidad no financiera para las cooperativas, incluyendo los riesgos potenciales de sus negocios en los derechos humanos (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 74).

De acuerdo con lo establecido por los Principios Rectores, hay dos actores principales encargados de velar por que los derechos humanos sean respetados en el marco de las actividades empresariales: por un lado, los Estados y, por el otro, las empresas. La regulación que contiene el Eje 2 del PAN se centra fundamentalmente en la obligación del Estado de proteger, quedando ausente el deber de las empresas de respetar los derechos humanos. Ello se desprende del hecho de que todas las actuaciones propuestas en el Pilar 2 se encomiendan a la Administración del Estado. De esta manera, no puede observarse en el PAN ninguna actuación cuya iniciativa dependa directamente del sector empresarial, ni se establecen mediadas que garanticen el respeto y protección de los derechos humanos dirigidas de forma directa al sector empresarial como responsable de ejecutarlas. Esto conlleva la escasa adhesión por parte de las empresas privadas al PAN.

El Principio Rector N° 11 hace referencia a que las empresas deben respetar los derechos humanos, lo que implica que *“(..). deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”* (Naciones Unidas, 2011a, p. 15). Según Naciones Unidas, esta responsabilidad *“(..). existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos”* Naciones Unidas, 2011a, p. 15).

Contrario a lo establecido por Naciones Unidas, el Pilar 2 se basa en la expectativa del Gobierno de que las empresas *“cumplan y respeten la legislación existente”* (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 65).

Otro aspecto en el que el PAN falla hace referencia a la “debida diligencia” en materia de derechos humanos. La misma es recogida en el Principio Rector N° 17, el cual define los

parámetros de la debida diligencia; el Principio Rector N° 18, que establece que las empresas deben realizar evaluaciones del impacto real y potencial de sus actividades sobre los derechos humanos; el Principio Rector N° 19, que estipula que las empresas tienen el deber de integrar las conclusiones de dichas evaluaciones en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas; y el Principio Rector N° 20, que establece que las empresas deben hacer un seguimiento de su política en materia de derechos humanos (Naciones Unidas, 2011a).

En oposición a todo ello, el PAN sólo hace referencia a la necesidad de que las empresas efectúen reportes en materia de derechos humanos. Las medidas que se proponen en el Pilar 2 - elaboración de guías y estudios, mesas de trabajo, etc.-, no parecen ser eficaces a la hora de incentivar conductas de las empresas para cumplir su deber de respetar los derechos humanos. Por su parte, el Estado chileno no ha llevado a cabo ninguna reforma legal ni ha adoptado ninguna regulación complementaria al PAN a fin de reforzar el marco normativo chileno.

Para finalizar, es importante destacar la omisión por parte del PAN del deber de las empresas de proveer medios de reparación para aquellas personas cuyos derechos humanos hayan sido vulnerados como consecuencia del desarrollo de una actividad empresarial. Este deber queda regulado en el Principio Rector N° 22, según el cual: *“Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos”* (Naciones Unidas, 2011a, p. 28).

5.1.3. Pilar 3: Acceso a mecanismos de remediación

En el Pilar 3, el PAN reconoce que *“el acceso a la justicia es esencial para hacer efectivos los derechos humanos y está reconocido como un derecho en sí mismo”*, así como que es necesario *“(..). asegurar que las personas o comunidades afectadas tengan acceso a remediación a través de mecanismos efectivos de reparación judicial y no judicial”* (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 76).

El PAN identifica diferentes medidas de reparación como las compensaciones pecuniarias o no pecuniarias, las disculpas públicas y la restitución de derechos, entre otras. En cuanto a mecanismos de reparación, reconoce la existencia de mecanismo estatales judiciales (Principio Rector N° 26), mecanismos estatales no judiciales (Principio Rector N° 27), y mecanismos de reclamación no estatales (Principios Rectores N° 28-30).

A fin de cumplir con dicho objetivo de acceso a la remediación, el PAN estructura el Pilar 3 en cuatro ejes:

1) Eje 1. Mecanismos estatales judiciales.

Siguiendo lo establecido por el Principio Rector N° 26⁴⁴, el presente eje reconoce que: *“Los mecanismos judiciales deben ser accesibles, asequibles y eficaces para garantizar el acceso a la reparación. Esto requiere que se garanticen los recursos y la información necesarios y adecuados para que todas las personas y colectividades puedan exigir sus derechos ante instancias previamente creadas. El Estado debe tener la capacidad de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, garantizando una justa y pronta reparación bajo los principios de autonomía, imparcialidad e independencia”* (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 78).

Para conseguirlo, el PAN propone que la División de Estudios de la Corte Suprema elabore una Colección Jurídica sobre derechos humanos para analizar las tendencias jurisprudenciales de la Corte en la materia. Asimismo, también propone que el Ministerio de Medio Ambiente coordine la constitución de una instancia de trabajo que se encargue de capacitar a los Tribunales Ambientales sobre aspectos referidos a las empresas y los derechos humanos.

2) Eje 2. Mecanismos estatales no judiciales.

En consonancia por lo fijado en el Principio Rector N° 27⁴⁵, este eje reconoce que *“(..) los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas”* (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 80).

44 El Principio Rector N° 26 establece que: *“Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación”* (Naciones Unidas, 2011, p. 35).

45 El Principio Rector N° 27 determina que: *“Los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas”* (Naciones Unidas, 2011, p. 37).

Para lograrlo, el PAN propone un conjunto de medidas a cargo de distintos actores como el Punto Nacional de Contactos [PNC], el Ministerio de Trabajo, el INDH, la Superintendencia de Medio Ambiente [SMA] y el Ministerio de Energía. A grandes rasgos, las medidas que propone el PAN consisten en que dichos actores organicen capacitaciones con la finalidad que se dé a conocer el alcance y el contenido de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos⁴⁶.

3) Eje 3. Mecanismos no estatales.

Siguiendo el Principio Rector N° 28⁴⁷, el PAN reconoce en este eje que “(...) *los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a dichos mecanismos de reclamación no estatales que se ocupen de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas*” (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 84). Asimismo, establece que los mecanismos no estatales son aquellos administrados por una empresa por sí sola o juntamente con partes interesadas, por una asociación económica o por un grupo multilateral de partes interesadas.

⁴⁶ Así, por ejemplo, el Ministerio de Trabajo es el encargado de “*fortalecer el acceso a las acciones de fiscalización en caso de infracción a los derechos laborales, a través de la modernización de la Dirección del Trabajo*”. Por su parte, el Ministerio de Energía debe “(...) *promover la generación de espacios de diálogo formales y permanentes entre empresas y comunidades (...)*” (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017, p. 81-82).

⁴⁷ La redacción del Principio Rector N° 28 es la siguiente: “*Los Estados deben estudiar la forma de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales que se ocupan de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas*” (Naciones Unidas, 2011, p. 38).

4) Eje 4. Criterios de eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales.

En este eje el PAN recoge el contenido del Principio Rector N° 31⁴⁸, enumerando cada uno de los criterios (legitimidad, accesibilidad, predictibilidad, equidad, transparencia, compatibilidad con los derechos, fuente de aprendizaje continuo y criterios basados en la participación y el diálogo). Asimismo, establece que toda acción contenida en el PAN relativa a los mecanismos no judiciales estatales y no estatales deberá seguir dichos criterios de eficacia.

A pesar de que el PAN propone en este Pilar 3 un conjunto de medidas en las que involucra a Ministerios y otros órganos de la Administración del Estado, éstas resultan insuficientes para alcanzar el objetivo que se propone.

Aunque los Principios Rectores reconocen distintas modalidades de reparación que fueron incluidas en el PAN, tal y como se mencionó anteriormente, como las disculpas, la restitución, las compensaciones económicas o no económicas y las sanciones punitivas -penales o administrativas-, entre otras; en la práctica en Chile sólo existe la indemnización por daños -circunscrita al ámbito del derecho civil-, no contemplando muchas otras posibilidades de remediación como las mencionadas anteriormente (Aylwin, Didier y Guerra, 2019). Por lo tanto, puede observarse cómo el PAN sólo contempla una medida de acción específica. Las medidas de reclamación no estatales que contempla se limitan a difundir información de los Principios Rectores en las empresas. Esto contraviene lo establecido en el Principio Rector N° 28 antes visto, según el cual: “*Los Estados*

⁴⁸ El Principio Rector N° 31 determina que: “*Para garantizar su eficacia, los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben ser:*

- a) *Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación;*
- b) *Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos;*
- c) *Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación;*
- d) *Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto;*
- e) *Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego;*
- f) *Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos;*
- g) *Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro;*

Los mecanismos de nivel operacional también deberían:

- h) *Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.”* (Naciones Unidas, 2011a, p. 40-41).

deben estudiar la forma de facilitar el acceso a los mecanismos de reclamación no estatales que se ocupan de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas” (Naciones Unidas, 2011a, p. 38).

Por lo tanto, la regulación realizada en el PAN respecto a los mecanismos de remediación no llega a cumplir con el estándar mínimo exigido por los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

5.2. El proyecto de Ley que crea el Plan Especial de Inversiones para el Desarrollo Regional y Territorial de la Región de la Araucanía (3 de octubre de 2017)

El 3 de octubre de 2017, la presidenta Bachelet presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto de Ley que creaba el Plan Especial de Inversiones para el Desarrollo Regional y Territorial de la Región de la Araucanía, denominado “Plan Especial Araucanía”. En el Mensaje presidencial que acompañaba dicho proyecto de Ley, Bachelet hacía alusión a que muchas de las políticas que fueron desarrolladas a favor de la Región de la Araucanía, *“se hicieron de forma centralizada y desconociendo las particularidades y la diversidad cultural de la región”* (Bachelet Jeria, 2017b, p. 1). Asimismo, presentó la Araucanía como la región más pobre de Chile y planteó el proyecto de Ley como *“paso para enfrentar una larga historia de brechas sociales y conflictos culturales que afectan a la Región de la Araucanía, a sus habitantes y comunidades Mapuche”* (Bachelet Jeria, 2017b, p. 2).

El principal objetivo del Plan fue avanzar en el desarrollo intercultural de la Región de la Araucanía y que la misma alcanzara, al menos, el nivel de desarrollo promedio nacional.

El proyecto fue estructurado en cinco títulos. El Título I contenía disposiciones generales acerca del Plan. El artículo 1 fijaba que el mismo tendría una duración de cinco años a contar desde la publicación de la ley que lo aprobara. Por su parte, el artículo 2 definía el Plan Especial como *“(…) un acuerdo programático entre el Gobierno Regional de la Araucanía y los órganos de la Administración del Estado que operen en la región y que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un ministerio”*. Asimismo, fijaba los contenidos mínimos que debería presentar el Plan:

- a) *“Objetivos estratégicos.*
- b) *Estimación de los montos globales de recursos.*

- c) *Propuesta de convenios de programación o de otros convenios en general.*
- d) *Ministerios y servicios públicos incluidos en los convenios.*
- e) *Plazos y mecanismos de control para verificar su cumplimiento” (Poder Ejecutivo, 2017).*

El presente proyecto de Ley fijaba al Ministerio del Interior, a través de la Subsecretaría de Desarrollo Regional, como responsable de realizar un seguimiento del Plan (artículo 5). Este seguimiento consistía en analizar los informes que presentaría cada Ministerio. Por su parte, cada Ministerio involucrado en el Plan Especial debía presentar su plan anual para la Región de la Araucanía, el cual debía contener el detalle de los programas que operarán en la Región y los recursos específicos destinados a ellas (artículo 4).

En su Título II, dicho proyecto de Ley establecía el acceso preferente a subsidios y programas ya existentes en la región. Éstos estaban previstos ser otorgados anualmente mediante Decreto Supremo, el cual también sería evacuado por el Ministro del Interior (artículo 7).

Además, se propusieron las siguientes ayudas especiales:

- a) Autorizar al Ministerio de Vivienda y Urbanismo para otorgar subvenciones y subsidios en la región de la Araucanía, de cualesquiera de los programas habitacionales que estuviera autorizado a otorgar por ley a las comunidades y asociaciones indígenas siempre que al menos un 50% de sus integrantes fuera indígena (artículo 9).
- b) La Comisión Nacional de Riego podría definir programas especiales para agricultores que cumplan determinados requisitos en la Región (artículo 10).
- c) El Instituto de Desarrollo Agropecuario podría actuar como intermediario financiero del Fondo de Cobertura de Riesgos de Inversiones Indígenas (artículo 11).

En el Título III se creó, para el período de vigencia de la ley, un Programa de Desarrollo Productivo de La Araucanía para Cooperativas Campesinas administrado por el Instituto de Desarrollo Agropecuario. Dicho programa estaba destinado a cofinanciar parcialmente proyectos de desarrollo productivo de actividades silvoagropecuarias y de actividades conexas a éstas por parte de cooperativas y otras organizaciones de pequeños productores de la región (artículo 12).

En su Título IV, el presente proyecto de Ley facultaba a la Corporación de Fomento de la Producción y al Gobierno Regional de la Araucanía para crear una persona jurídica de derecho

privado, sin fines de lucro, que se denominaría “Instituto Regional de Asociatividad y Economía Social de la Araucanía”. La misma tendría por objeto el estudio y la promoción del desarrollo de la asociatividad empresarial y la innovación social en la región de La Araucanía con el fin de fortalecer el carácter multicultural de la región (artículo 15)

Por último, en su Título V el proyecto de Ley contemplaba incentivos tributarios especiales para las empresas que trabajaran en la región y se instalaran en sus comunas más pobres (artículos 17 y 18).

Si bien resulta algo importante el hecho que el Estado reconozca explícitamente que la Región de la Araucanía constituye la Región más pobre del país por sus particularidades, por los niveles de retraso económico-social que tiene, por los niveles de ruralidad y por los desequilibrios de desarrollo intra-regional; y que, por lo tanto, merece un trato especial, el proyecto que se plantea resulta insuficiente. Así, las propuestas que formuló el Gobierno de Bachelet están mal enfocadas, pues se parte del supuesto de que la inyección de recursos económicos traería la paz en la Araucanía en el mediano plazo.

Así, el Estado chileno se ha limitado a encarar la demanda de los pueblos indígenas en general y *mapuche* en particular, como un asunto sectorial que se resuelve por la vía productiva, el mejoramiento de las condiciones de vida de la población y el reconocimiento de las “culturas” indígenas. El Plan Especial Araucanía muestra este accionar del Gobierno en relación con el conflicto *mapuche*, que consiste en implementar políticas de desarrollo productivo, entrega de subsidios y planes de infraestructura.

La dificultad de esta forma de encarar la problemática indígena es que elude dos cuestiones que están en la raíz del conflicto: el territorio y la autodeterminación. En relación con el territorio, la CONADI indicó que entre 1995 y 2017 compró y entregó 142.382 hectáreas de la Araucanía (Arias Vega, 2018). Ahora bien, las mismas tan sólo representan menos del 8% de la región de la Araucanía. A lo anterior se suma lo que ha sucedido en el territorio desde el punto de vista productivo, al instalarse una lógica de explotación de recursos naturales por parte de grandes empresas que han erosionado las condiciones de vida sustantivamente en la zona.

Una segunda dimensión es la autodeterminación, la cual hace referencia al reconocimiento por parte del Estado de Chile de los pueblos indígenas. Si bien en el Mensaje de Bachelet cuando presentó el proyecto de Ley en el Congreso Nacional, la misma dijo que “*el plan contiene*

iniciativas de reconocimiento político y cultural de los pueblos originarios, y reparación a las víctimas de violencia rural” (Bachelet Jeria, 2017b, p. 2), eso no puede observarse de una lectura del mismo. El reconocimiento político de los pueblos indígenas implica la aceptación de mecanismos de autonomía en sus decisiones políticas y administrativas, más allá del Consejo de los Pueblos Indígenas, que tal y como se analizó en el presente trabajo, debería reformularse. El Plan Especial Araucanía se limita, tal y como se mencionó anteriormente, a otorgar subvenciones y planes de infraestructura.

Por lo tanto, los anuncios del gobierno podrían contribuir a institucionalizar las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado; podrían en el largo plazo contribuir a resolver problemas agudos de pobreza; podrían permitir un reconocimiento cultural de los pueblos en sus tradiciones. Sin embargo, como el asunto territorial -y de la explotación de recursos naturales- y la cuestión de la autonomía no están en la agenda inmediata, difícilmente se pondrá solución al conflicto existente en la Araucanía.

Así lo expresó Joaquín Tuma, diputado en el Congreso Nacional de Chile desde el 2010 hasta el 2018, en representación de la región de la Araucanía: *“(..). Lamentablemente esta ley que ya está ingresada a la Cámara de Diputados por el Gobierno, no está a la altura de lo que nosotros esperábamos. (...) este proyecto no va a significar ningún aporte a la Araucanía. Aquí hay un compromiso de la presidenta de la República en precisamente lograr un apoyo a la Araucanía, pero esto es una ley fracasada sino la modificamos”*. Y añadió: *“(..). El problema es que no nos entienden, el centro del país no le interesa el tema de la Araucanía. Para ellos, es un tema policial de una persona perdida en el sur de Chile, pero esto no es así; esto es un problema del Estado de Chile, que tiene que asumir y resolver, pero que los gobiernos han sido incapaces de comprenderlo, y es por eso por lo que esta ley para mí si no mejora, la voy a votar en contra”* (Álvarez y Hernández, 2017, párr. 10).

Asimismo, Mario Venegas, también diputado en el Congreso desde 2006 hasta la fecha, también manifestó las deficiencias del Plan Especial Araucanía: *“(..). El Plan sólo aborda algunos de los aspectos que hay que abordar en nuestra Región, que son muchos y multicausales, complejísimos; por ejemplo, no aborda los temas políticos. El Pueblo Mapuche está reclamando representación política, quiere garantizados una cierta cantidad de cupos tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados”* (Álvarez y Hernández, 2017, párrs. 3-4).

5.3. La reforma del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (26 de octubre de 2017)

Por medio de la aprobación en 1994 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se consolidaron en Chile los principales instrumentos preventivos de gestión ambiental definidos en ella, entre los que se encuentra el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental [SEIA]. Tres años después, en 1997, se aprobó por medio del Decreto Supremo N° 30 el primer Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental [RSEIA]. El mismo se encargaba de regular los plazos, etapas y condiciones de la evaluación ambiental de proyectos de inversión públicos y privados (Ministerio del Medio Ambiente, 2016b).

Es importante mencionar que desde la administración del primer Gobierno de la presidenta Bachelet (2006-2010), se viene modificando la institucionalidad ambiental. Así, el 26 de enero de 2010 Bachelet aprobó la Ley N° 20.417, que modificaba la Ley N° 19.300, y por medio de la cual se creaban el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, eliminándose definitivamente la Comisión Nacional del Medio Ambiente [CONAMA]. Asimismo, también en dicha administración se modificó el Reglamento del SEIA, pasándose del Decreto Supremo N° 95 al Decreto Supremo N° 40, vigente actualmente (Decreto mediante el cual se aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental) (Servicio de Evaluación Ambiental, 2017a).

Tal y como se mencionó al inicio del presente capítulo, la presidenta Michelle Bachelet planteó en su Programa de Gobierno la evaluación del SEIA. Dicha propuesta es analizada en el presente trabajo porque fue mencionada por Bachelet en el apartado que atañe a las reformas legislativas en relación con los pueblos indígenas dentro de su Programa de Gobierno, ya que una de las reformas del SEIA concernía a la consulta indígena. Así se pronunció Bachelet al respecto: *“Adecuaremos los marcos regulatorios actualmente vigentes a las normas del Convenio 169, de manera de velar por su adecuada implementación y respeto. Esto incluye (...) la revisión y eventual modificación -con consulta- (...) del nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental recientemente en vigencia, al objeto de que cumpla efectivamente con los estándares del Convenio 169”* (Bachelet Jeria, 2013, p. 173).

Para su ejecución, en abril de 2015, Bachelet convocó, mediante Decreto Supremo N° 20, a una Comisión Asesora Presidencial integrada por expertos⁴⁹, llamada a evaluar el mencionado instrumento y proponer las reformas o ajustes para alcanzar una institucionalidad validada y reconocida por todos los sectores y adaptable a los diversos escenarios actuales. Todo el trabajo fue liderado por el Ministerio del Medio Ambiente (Ministerio del Medio Ambiente, 2016b).

Dicha Comisión Asesora elaboró un Informe Final con 25 propuestas y recomendaciones que abordaron cinco ejes estratégicos:

- a) Criterios de ingreso e instrumentos de evaluación.
- b) Procedimientos y contenidos de evaluación.
- c) Participación de los servicios públicos con competencias ambientales y permisos ambientales [PAS].
- d) Participación ciudadana y consulta indígena.
- e) Instrumentos asociados a la Resolución de Calificación Ambiental [RCA] (Ministerio del Medio Ambiente, 2016b).

Centrándonos en el eje de participación ciudadana y consulta indígena, el mismo estuvo orientado a proponer los mecanismos y herramientas adecuadas para el desarrollo de procesos de participación de la comunidad y evaluar la pertinencia de la consulta indígena dentro del SEIA.

Antes de entrar a analizar las recomendaciones presentadas por la Comisión, es importante señalar que toda la regulación que contiene el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental con relación a los pueblos indígenas se encuentra en los artículos 85 y 27 del mismo. El artículo 85 del RSEIA fija el marco de la consulta indígena, mientras que el artículo 27 del RSEIA establece los supuestos que hacen procedente la solicitud de análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas.

En el Informe de la Comisión se presentaron cinco recomendaciones en torno a la consulta indígena, además de una propuesta alternativa de consulta indígena para proyectos de inversión fuera del SEIA. Estas recomendaciones fueron:

⁴⁹ La Comisión estaba compuesta por 29 integrantes de diferentes sectores: académico, consultoría, organizaciones no gubernamentales, asociaciones gremiales y organismos del Estado (Ministerio del Medio Ambiente, 2016b).

- a) La simplificación de las hipótesis de procedencia de la consulta (artículo 85 del RSEIA).

Esta recomendación no supuso un gran cambio en cuanto a contenido, sino que se trató de una propuesta de mejora de la redacción del artículo.

- b) Cambiar la redacción del artículo 27 del RSEIA con la finalidad de que el mismo sea funcional y permita a los proponentes del proyecto poder determinar la susceptibilidad de afectación directa a los pueblos indígenas antes de ingresar su proyecto al SEIA.

El artículo 27 del RSEIA establece los supuestos que hacen procedente la solicitud de análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a grupos indígenas. Sin embargo, desde la entrada en vigor del RSEIA, este artículo no ha sido utilizado por los proponentes de proyectos de inversión. Esto es debido a que el artículo dispone que: “(...) *En caso que el proponente requiera ingresar mediante un Estudio de Impacto Ambiental por generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento y su proyecto afecte a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, o bien existan dudas en relación a la afectación anterior, podrá, de manera previa a su presentación, dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar para la presentación de su proyecto o actividad y su eventual proceso de consulta*” (Poder Ejecutivo, 2013). Es decir, sólo permite al titular de un proyecto dirigirse el Servicio de Evaluación Ambiental cuando requiera ingresar mediante un Estudio de Impacto Ambiental⁵⁰. De manera que, si un titular tiene dudas respecto a si su proyecto afecta a los pueblos indígenas y no se trata de un proyecto que requiera la elaboración de un Estudio de Impacto

50 Los supuestos en los que el proponente de un proyecto debe elaborar un Estudio de Impacto Ambiental se encuentran recogidos en el artículo 11 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente [Ley N° 19.300], según el cual: “*Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:*

- a) *Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;*
- b) *Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;*
- c) *Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;*
- d) *Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;*
- e) *Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y*
- f) *Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural (...)*” (Congreso Nacional, 1994).

Ambiental, no puede solicitar información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar para la presentación de su proyecto y eventual proceso de consulta. Es por eso por lo que en la práctica no ha sido aplicado por los proponentes de un proyecto de inversión (Ministerio del Medio Ambiente, 2016b).

- c) Extender el recurso de reclamación a quienes participen del proceso de consulta indígena, a objeto que los mismos puedan recurrir en contra de la Resolución de Calificación Ambiental.

La normativa actual no establece un recurso especial para las comunidades que participen en un proceso de consulta indígena. Por lo tanto, los pueblos indígenas no disponen de un recurso de reclamación especial para recurrir en el contexto de la evaluación ambiental de un proyecto.

- d) Fortalecer la asistencia técnica del SEIA a las comunidades indígenas que participen en el proceso de consulta indígena, a fin de facilitar la comprensión de los aspectos del proyecto en evaluación.
- e) Contar con mayores recursos humanos y económicos para mejorar la gestión y el desarrollo de los procesos de consulta indígena.

En cuanto a la propuesta alternativa de consulta indígena para proyectos de inversión fuera del SEIA, se propuso que las consultas indígenas del Convenio N° 169 de la OIT se llevaran a cabo a través de una sola agencia estatal que las centralizara todas, esto es, las consultas indígenas de los proyectos de inversión, las consultas indígenas de las medidas administrativas del poder ejecutivo, las consultas indígenas de las medidas legislativas, etc. Por medio de esta propuesta lo que se pretendía es que se considerara que la consulta indígena debe ser previa a cualquier decisión y debe comenzar desde las primeras etapas de los proyectos. En los proyectos de inversión, esta exigencia requeriría que el procedimiento de consulta se iniciase antes que el proyecto estuviera en condiciones de presentarse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Ministerio del Medio Ambiente, 2016b).

A raíz del Informe Final presentado por la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA, el Gobierno de Bachelet sometió a consulta pública un Decreto Supremo que contenía 29 modificaciones del Reglamento del SEIA. La consulta pública estuvo disponible en la

página web del Servicio de Evaluación Ambiental por un período de 20 días, contados a partir del 26 de octubre de 2017 (Ministerio del Medio Ambiente, 2016b).

Es posible señalar dos grandes falencias del Gobierno de Bachelet en relación con la Reforma al Reglamento del SEIA. La primera de ellas es que el Decreto Supremo que fue sometido a consulta pública no recoge ninguna de las cinco recomendaciones que formuló la Comisión en su Informe Final concernientes a los pueblos indígenas. Es destacable todo el trabajo que hizo la Comisión en la formulación de sus recomendaciones para mejorar la regulación que hace el Reglamento del SEIA de la consulta indígena, acercándola a las exigencias del Convenio N° 169 de la OIT, sin embargo, el mismo no fue reflejado en el documento final que fue sometido a consulta pública (Servicio de Evaluación Ambiental, 2017b). Francisco Cabrera, presidente de la Federación de Trabajos del Medio Ambiente [FENTRAMA], expresó que “(...) *la Comisión Presidencial para la Reforma del SEIA (...) dejó como legado sólo un grueso libro con actas y notas*” (Cabrera, 2018, párr. 2). Una vez más, Bachelet hizo promesas vacías. No sólo no recogió ninguna de las recomendaciones relativas a la consulta indígena, sino que, además, el proceso de reforma del Reglamento del SEIA se consumió en la consulta pública, pues nunca fue enviado a tramitación ante el Congreso de Diputados. Fue el Gobierno que le precedió, el Gobierno de Piñera, quien elaboró un proyecto de Ley para Reformar el SEIA y lo mandó a tramitación ante el Congreso de Diputados el 18 de junio de 2019.

5.4. El proyecto reforma constitucional (6 de marzo de 2018)

El 6 de marzo de 2018, a cinco días de terminar su mandato, la Presidenta Bachelet presentó ante al Senado un proyecto de Ley de reforma constitucional que fijaba los contenidos de una nueva Carta Fundamental para Chile [Boletín N° 11617-07]. Son muchos los cambios introductorios a la actual Constitución, concretamente se introdujeron 123 modificaciones, pero vamos a centrarnos exclusivamente en aquellos relativos a los pueblos indígenas.

La reforma de la Constitución se encuentra regulada en el capítulo XV de la actual Constitución chilena. La misma establece en su artículo 127, inciso primero, que: “*Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65*” (Congreso Nacional, 1980).

En el Mensaje que acompaña la iniciativa legislativa, Bachelet destacó la necesidad de una nueva Constitución que respondiera a las demandas y desafíos que se estaban viviendo en Chile y que fuera producto del consenso de los diferentes actores de la sociedad chilena. Asimismo, añadió que *“los textos constitucionales no sólo cambian en momentos de crisis institucionales, sino que es posible reemplazarlos (...) sin afectar el funcionamiento del Estado y a través de mecanismos que respeten la institucionalidad vigente”* (Bachelet Jeria, 2018, p. 2).

Para poder lograrlo, Michelle Bachelet inició un Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía con la finalidad de que el nuevo proyecto constitucional expresara la voluntad popular. Éste fue presentado en octubre de 2015 y, según la Presidenta, el mismo incorporó la discusión pública de los ciudadanos sobre los asuntos constitucionales como un elemento central, generándose un diálogo a fin de construir acuerdos sobre la nueva Constitución (Bachelet Jeria, 2018). El Proceso Constituyente fue dividido en tres fases o etapas: una primera etapa participativa, precedida de una etapa de deliberación, y finalizando con una etapa de soberanía. Dentro de la etapa participativa se llevaron a cabo un conjunto de cabildos ciudadanos de los que emanaron las bases ciudadanas para la elaboración del proyecto de nueva constitución por parte de la Presidenta. Asimismo, se contempló un proceso paralelo de participación indígena en cumplimiento con los estándares de participación contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT, conocido como "Proceso Constituyente Indígena".

Este último se desarrolló entre agosto de 2016 y enero de 2017, y fue acompañado por un Comité Consultivo y de Seguimiento integrado por organismos internacionales y consejeros de la CONADI. El Proceso Constituyente Indígena culminó con la elaboración de un Informe que recoge y transcribe las aspiraciones que históricamente han sido planteadas por los pueblos indígenas a nivel nacional (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

El proceso contemplaba tres modalidades de participación (encuentros convocados⁵¹, encuentros autoconvocados⁵² y participación individual⁵³), participando un total 17.016 personas en 605 encuentros⁵⁴.

Es importante destacar que este proceso participativo no reemplazó en ningún caso la consulta asociada al proyecto de nueva Constitución, sino que se trató de un proceso especial que permitió elaborar una propuesta que contemplara las aspiraciones de los pueblos indígenas. Así pues, con posterioridad al mismo -en julio de 2017-, se realizó un Proceso de Consulta Constituyente en el que se discutió el Reconocimiento Constitucional y la Participación Política de los Pueblos Indígenas -más conocido como “Consulta Constituyente Indígena”-, el cual contó con la participación en calidad de observadores del INDH y del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], éste último también en calidad de garante (Bachelet Jeria, 2018). Es decir, el objetivo de la Consulta Constituyente Indígena era obtener el pronunciamiento de los representantes de los pueblos indígenas respecto de los temas abordados en el Proceso Constituyente Indígena.

Volviendo a este último, los temas que se abordaron en los distintos encuentros y que quedaron reflejados en las actas de los mismos y en el Informe Final fueron:

a) Reconocimiento constitucional.

El reconocimiento constitucional constituye un derecho que emana de la suscripción y aplicación de los tratados internacionales vigentes sobre los derechos de los pueblos indígenas, en especial del Convenio N° 169 de la OIT y la Resolución N° 1514 (XV) de las Naciones Unidas sobre el caso del pueblo *rapa nui*⁵⁵. El mismo implica el reconocimiento de la diversidad cultural en

51 Esta modalidad de participación se desarrolló mediante la organización de encuentros por parte de Secretarías Regionales Ministeriales [SEREMI] del Ministerio de Desarrollo Social, las cuales contaron con el apoyo de universidades como la Universidad del Bío-Bío o la Universidad de la Frontera, entre otras (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

52 Los encuentros autoconvocados corresponden a aquellos casos en los que organizaciones o agrupaciones manifestaron su intención de participar del proceso, desarrollando su propio encuentro participativo. Por lo tanto, era la organización la encargada de convocar, dirigir y desarrollar el encuentro, así como de elaborar el informe relativo en base a un formato prediseñado. Para poder hacerlo, las mismas debían inscribirse en la página web del Ministerio de Desarrollo Social (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

53 La misma consistió en la participación de los ciudadanos por medio de un cuestionario en la página web del Ministerio de Desarrollo Social: <http://www.constituyenteindigena.cl> (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

54 De ellos, 255 corresponden a reuniones convocadas por las SEREMI del Ministerio de Desarrollo Social y 350 a encuentros autoconvocados. Otras 538 personas participaron a través de Internet (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

55 La Resolución N° 1514 de las Naciones Unidas, también conocida como “Declaración sobre la Descolonización”, es un documento en el que se afirma que todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación y se proclama la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo. En ella,

el Estado chileno, junto a la preexistencia de los pueblos indígenas en cuanto a descendientes de los primeros habitantes del territorio que hoy conforma el país. En este sentido, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas debe ser como pueblos o naciones, lo que implica aceptar su carácter originario, sus identidades propias, sus culturas, lenguas, tradiciones y propiedad sobre las tierras. Asimismo, también supone dejar sin efecto la denominación de “etnias” que se establece en la Ley Indígena (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

b) Estado plurinacional.

La declaración de un Estado plurinacional apuntaría al reconocimiento de la diversidad cultural del país y la inclusión efectiva de los distintos pueblos. Asimismo, también garantizaría el respeto de la autodeterminación de cada pueblo y permitiría el fortalecimiento de la cultura de los mismos, en particular las estructuras organizativas y representativas, por medio de su participación en la toma de decisiones a nivel político. Al ser plurinacional, hay una convivencia de las estructuras organizativas de cada nación en igualdad de condiciones. Ello implicaría el respeto de las normativas propias de los pueblos indígenas (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

c) Autodeterminación.

En el Informe Final se divide dicho derecho en cinco puntos:

c.1) Consulta previa, libre e informada:

La misma hace referencia a que toda posible intervención que se proponga desarrollar en los territorios indígenas sea previamente consultada. Asimismo, en el Informe Final se determina que la misma debe ser vinculante en casos de explotación de recursos humanos, así como también en la generación de proyectos de inversión que estén en territorio indígena. En el Informe también se establece que las comunidades deben no sólo ser consultadas para la aprobación de un proyecto, ley, instalación de infraestructura o proceso productivo, sino que, además, deben poder participar

Naciones Unidas declaró que: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*. Asimismo, la ONU añadió que: *“Se deben respetar la individualidad y las características culturales del territorio y de sus pueblos, y reservar a los pueblos del territorio que se asocian a un Estado independiente la libertad de modificar el estatuto de ese territorio mediante la expresión de su voluntad por medios democráticos y con arreglo a los procedimientos constitucionales”*, así como que *“el territorio que se asocia debe tener derecho a determinar su constitución interna sin ninguna injerencia exterior”* (Naciones Unidas, 1960).

desde la etapa de diseño de los mismos, así como contar con mecanismos efectivos para sancionar los daños ambientales que dichos proyectos pudieran generar.

c.2) Territorio:

En el Informe se manifiesta que los pueblos indígenas tienen derecho a tener un territorio, el cual debe obedecer a las tierras que los mismos han ocupado tradicionalmente. La administración de dichos territorios ancestrales debe basarse en los principios propios de cada pueblo. A esto se añade que, en el proceso de demarcación territorial efectuado por entidades autónomas del Estado, los pueblos indígenas deben poder participar a través de representantes en igualdad de condiciones que los representantes del Estado. Asimismo, se establece que los pueblos indígenas deben tener capacidad de decisión y administración sobre los recursos naturales que se encuentren en sus comunidades.

c.3) Derecho consuetudinario y sistema jurídico:

En este punto se hace alusión al conjunto de saberes y prácticas de carácter normativo que poseen los pueblos indígenas, que han sido anulados por la acción del Estado a través de su sistema jurídico. En Informe se reclama entonces, que se consideren las prácticas sociales de las comunidades, concretamente se reivindica que la nueva Constitución contemple la existencia de diversos sistemas jurídicos con ámbitos de aplicación específicos⁵⁶, esto es, que el Estado chileno respete la existencia de leyes e instituciones jurídicas propias de los pueblos indígenas. Además, también se reivindica que las distintas comunidades cuenten con organismos de asesoría y apoyo jurídico para atender los casos en los que miembros de los pueblos indígenas son detenidos y procesados por los tribunales de justicia (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

c.4) Modelo de desarrollo:

Respecto al modelo de desarrollo, en el Informe se consigna que el Estado debe reconocer y resguardar la existencia de distintas formas de concebir el desarrollo social y económico -lo cual también respondería al principio de interculturalidad-, que las comunidades indígenas deben poder decidir sobre el modelo de desarrollo que se implementará y que, además, las mismas deben poder acceder a recursos naturales como el agua.

⁵⁶ En las zonas donde se concentra mayoritariamente la población *aymara*, esta discusión se planteó en torno a la necesidad de que se permita y valide la constitución de tribunales de ancianos (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

c.5) Representación política y gobernanza:

En este último punto de la autodeterminación, se menciona que los pueblos indígenas deben poder contar con sus propias instituciones de autogobierno, esto es, con una organización social y política basada en sus principios culturales y que reconozca la importancia de sus instituciones tradicionales.

d) Derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales.

Respecto a la tierra y el territorio, el Informe reivindica que la nueva Constitución reconozca los territorios indígenas y la demarcación de los límites de los mismos considerando los usos y costumbres propias de las comunidades que los habitan, así como que les reconozca también autonomía para la toma de decisiones sobre el desarrollo económico. Además, se exige la generación de mecanismos de autonomía respecto a la administración territorial, como por ejemplo la creación de un Consejo Indígena cuya función sea manejar los recursos en los territorios indígenas; así como que la nueva Constitución reconozca el derecho de las comunidades sobre los recursos naturales que están en sus territorios, como el agua, los recursos minerales, los recursos marinos y los bosques.

e) Derechos políticos, culturales y lingüísticos.

En este punto se plantea que los partidos políticos tradicionales no representan ni defienden los intereses de los pueblos indígenas y que, además, éstos tampoco cuentan con representantes en el ámbito político que se encarguen de velar por los intereses de las comunidades. Es por ello por lo que se reivindica que en el marco de la nueva Constitución se garantice el derecho a la participación y representación de los pueblos indígenas, lo que implica incorporar a los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones en todos los niveles del Estado -nacional, regional, provincial y municipal-.

Algunas de las propuestas formuladas son: que los pueblos indígenas puedan participar directamente de los procesos de cambio constitucional a través de mecanismos como la Asamblea Constituyente o bien por medio de la creación de una Asamblea Constituyente Indígena; que se asegure una cuota de escaños exclusivos para los pueblos indígenas; la presencia de jueces y representantes indígenas en el Poder Judicial; la existencia de representantes de los pueblos indígenas en los ministerios y subsecretarías tradicionalmente asociados a ellos como en la

CONADI, el Ministerio de Agricultura y el Ministerio del Medio Ambiente, entre otros; la creación de un Ministerio de los Pueblos Indígenas; la existencia de representantes de las distintas comunidades en los diferentes organismos de gobierno local, provincial y regional; y la posibilidad de que los pueblos indígenas articulen partidos políticos propios (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

Volviendo al proyecto de reforma constitucional presentado por Michelle Bachelet, es importante señalar que el mismo presenta graves falencias. En el Mensaje Presidencial que acompaña la iniciativa legislativa, Bachelet menciona que la nueva Constitución del Estado reconoce a los pueblos indígenas como parte fundamental del orden constitucional. Apela a la democracia como valor primordial y a la adecuación del Estado a los nuevos estándares y deberes, como el respeto al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural. Asimismo, como segundo elemento fija que la nueva Constitución se encuentra fundada en los derechos fundamentales de las personas. En este punto, la entonces Presidenta hizo mención de la deuda histórica con los pueblos indígenas y afirmó que la nueva reforma reconocía los derechos de los mismos, así como establecía derechos que reflejaban los cambios políticos, sociales y culturales que ha experimentado el Estado chileno durante los últimos años (Bachelet Jeria, 2018). Si nos fijamos en el artículo 5 del proyecto de reforma, el mismo establece que: *“El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura (...)”* (Poder Ejecutivo, 2018). Como puede desprenderse de una lectura del mismo, en el presente artículo el texto constitucional reconoce a los pueblos indígenas como parte de la “Nación Chilena”, en contraste con el reconocimiento de plurinacionalidad del Estado de Chile, y de su derecho a la libre determinación, reclamado por los representantes de las comunidades en el Proceso Constituyente Indígena.

Otro ejemplo de falencia grave es el referido a los derechos sobre recursos naturales de propiedad del Estado, como el agua, recurso que, a pesar de ser considerado un bien nacional de uso público, puede ser reconocido en propiedad a los particulares a quienes se otorguen derechos sobre ésta, al igual que en el texto constitucional actual. Así lo establece el artículo 19.30, inciso final, según el cual: *“Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos. La ley regulará el procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio, y extinción de los derechos y de las concesiones que sobre las aguas se reconozca a particulares”* (Poder Ejecutivo, 2018).

El proyecto de reforma constitucional sólo recoge dos de las múltiples propuestas formuladas en el Informe Final del Proceso Constituyente Indígena. La primera de ellas hace referencia reconocimiento de los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas, regulado en el artículo 19.32: *“Esta Constitución, a través de los órganos y autoridades en ella establecidos, asegura y garantiza a todas las personas como derecho directamente aplicable: 32. Los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas y el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial de conformidad a la ley. Es deber del Estado fomentar tales derechos. La preservación y difusión de los idiomas de los pueblos indígenas será establecida en la ley”*. En el mismo artículo también se reconocen los sistemas educativos de las comunidades: *“El Estado reconoce las distintas formas de educación de los pueblos indígenas en el marco del sistema general de educación dispuesto en este artículo”* (artículo 19.14, inciso final) (Poder Ejecutivo, 2018).

En cuanto a la segunda propuesta formulada por los representantes de los pueblos indígenas que sí consagra el proyecto de Bachelet, ésta se trata de la participación política de los pueblos originarios, respetando su autonomía. La regulación se encuentra en el artículo 5 del proyecto, según el cual: *“(…) Los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional”* (Poder Ejecutivo, 2018).

Por lo tanto, puede observarse como todas las menciones que hace Bachelet en el Mensaje Presidencial en relación con “apelar a la democracia”, “el respeto al patrimonio histórico y cultural”, y “la deuda histórica con los pueblos indígenas”, quedaron en nada. La expresidenta también mencionó que *“se requiere de un nuevo texto que pueda dar cuenta de todos estos cambios y que nos permita hacer frente a los desafíos del futuro, donde todos los proyectos políticos, bajo un ambiente pluralista”* (Bachelet Jeria, 2018, p. 4), pero como puede observarse, el artículo 5 del proyecto de reforma está lejos de reconocer el pluralismo existente en el Estado chileno. La idea de Estado pluralista es algo a lo que Bachelet ya hizo referencia en su Programa de Gobierno, cuando dijo que: *“Garantizaremos la participación plena de los Pueblos Indígenas en todo el proceso de debate y decisión sobre una Nueva Constitución, teniendo presente la idea de un Estado pluricultural que garantice sus derechos colectivos”* (Bachelet Jeria, 2013, p. 173). A pesar de todos estos anuncios, la propuesta legislativa presentada por Bachelet se limita a reconocer los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas, pero los acuerdos en temas culturales no tienen sentido si no se logran acuerdos en temas relevantes como el reconocimiento de territorios ancestrales, plurinacionalidad y el derecho a autodeterminación de los pueblos originarios. De

hecho, tanto la Carta de las Naciones Unidas⁵⁷, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁹, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena⁶⁰, afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación.

La nueva Constitución debería fomentar la convivencia de los pueblos y naciones, garantizando la no discriminación e igualdad ante la ley como principios básicos, además de garantizar los derechos de los pueblos indígenas consignados en los tratados internacionales. De nuevo pues, vuelve a hacerse una regulación superflua, dejándose a un lado los temas más trascendentales y de base.

Para finalizar, es necesario hacer un par de apreciaciones en relación con el momento temporal en el que dicho proyecto de reforma constitucional fue presentado por Bachelet. Tal y como se mencionó más arriba, la entonces Presidenta entregó la presente propuesta legislativa a cinco días de terminar su manato. Desde un punto de vista de la temporalidad, el momento para formular esta propuesta claramente no fue el más propicio. Si el proyecto de reforma se hubiera remitido unos ocho meses antes, se hubiese permitido un debate más profundo de esta iniciativa en el marco de las elecciones parlamentarias y presidenciales que tuvieron lugar en noviembre y diciembre de 2017, debate en el que el Gobierno de Bachelet hubiese sido parte. Además, el entregar dicho proyecto para ser debatido en el Congreso al inicio de un nuevo gobierno de derecha, hace que la posibilidad de aprobación del mismo quedase reducida a cero.

57 En su artículo 1, inciso segundo, la Carta de Naciones Unidas establece como propósito de las Naciones Unidas: *“Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”* (Naciones Unidas, 1945).

58 En su artículo 1, inciso primero, establece que: *“Todos 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”* (Naciones Unidas, 1976b).

59 Artículo 1, inciso primero: *“Todos 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”* (Naciones Unidas, 1976a).

60 En el artículo 2 del mismo se establece que: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”* (Naciones Unidas, 1993).

6. CAPÍTULO 6. LA LEY ANTITERRORISTA Y SU APLICACIÓN A MIEMBROS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Dentro de las medidas propuestas el Programa de Gobierno de Bachelet en relación a los pueblos indígenas, la entonces Presidenta asumió el compromiso de no aplicar la Ley Antiterrorista a miembros de pueblos originarios por actos de demanda social, así como estudiar la normativa con el fin de hacer las modificaciones correspondientes *“para adecuarla a los estándares internacionales, tal como le han recomendado al Estado de Chile los órganos internacionales de protección de derechos humanos”* (Bachelet Jeria, 2013, p. 174).

La Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, más conocida como Ley Antiterrorista, fue creada en 1984 durante la dictadura militar de Pinochet. La misma fue objeto de varias reformas, siendo la última en octubre de 2010⁶¹, durante el primer Gobierno de Sebastián Piñera. A pesar de dichas modificaciones, la Ley Antiterrorista ha sido condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, Corte IDH- y criticada por varios comités de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra el Comité de Derechos Humanos, así como también ha sido nacionalmente repudiada tanto por los pueblos originarios como por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

En el presente capítulo me dispongo a analizar las principales falencias que presenta la Ley Antiterrorista, las pronunciaciones de organismos internacionales al respecto -haciendo hincapié en la sentencia de la Corte IDH en la que se condenó al Estado chileno por la aplicación de dicha ley a miembros del pueblo *mapuche*-, así como el proyecto de Ley que ingresó Michelle Bachelet al Congreso de los Diputados el 3 de noviembre de 2014, mediante el cual se proponía modificar la Ley Antiterrorista, el Código Penal y el Código Procesal Penal [Boletín N° 9692-97].

6.1. Las falencias de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad

Antes de entrar a analizar la Ley Antiterrorista, es importante señalar que existe un abundante marco normativo tanto a nivel supranacional -expresado en 16 convenios

⁶¹ Ley N° 20.467 que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, del 8 de octubre de 2010.

internacionales⁶² como a nivel regional, -expresado con una Convención Interamericana contra el terrorismo- que, por una parte, obligan a los Estados a sancionar el terrorismo y, por otra, señalan que en dicho cometido los Estados están obligados a respetar los límites y garantías que impone el respeto de los derechos fundamentales. Así lo mencionó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, según la cual: *“El objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 2).

Por su parte, la Convención Interamericana contra el Terrorismo establece en su artículo 15, inciso primero, que: *“Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”*. Asimismo, respecto de las personas encausadas por un delito de terrorismo, la Convención dispone en el inciso tercero del mismo artículo que: *“A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional”* (Organización de los Estados Americanos, 2003).

En cuanto a la Ley Antiterrorista chilena, de una lectura de la misma pueden desprenderse un conjunto de problemas de tipo penal, así como varios problemas procesales.

62 Éstos son los siguientes: Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Convenio de Tokio), 1962; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de La Haya), 1970; Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 2010; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal), 1971; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 1973; Convención internacional contra la toma de rehenes (Convención sobre los rehenes), 1979; Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Convención sobre los materiales nucleares), 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 1988; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, 1988; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, 1991; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, 1997; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, 1999; Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, 2005; El Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, 2010 (Nuevo Convenio de Aviación Civil) (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014a).

6.1.1. Problemas de tipo penal

Respecto al tipo penal, el artículo 1 de la Ley Antiterrorista define el terrorismo de forma ambigua, produciéndose una falta de certeza en cuanto a la diferencia entre un delito terrorista y los delitos comunes tipificados en el Código Penal chileno. En efecto, el artículo 1 de la Ley Antiterrorista define el terrorismo de la siguiente manera: *“Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando el hecho se cometa con 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, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”* (Congreso Nacional, 1984). De una lectura de dicho artículo, puede observarse como el tipo penal que recoge el mismo comprende dos elementos: un elemento volitivo -la voluntad de “producir terror”- y un elemento material, consistente en conductas que, de no incurrir en el primer elemento, serían punibles conforme a los procedimientos y penas que establece la legislación penal ordinaria chilena. El problema que se desprende es que, el elemento subjetivo del tipo (“causar temor”), cuando aparece asociado con la lista amplia de conductas constitutivas de delito al amparo de la legislación penal ordinaria (artículo 2 de la Ley Antiterrorista), supone una definición excesivamente amplia que puede conducir a casos de injusticia material en la aplicación de la ley, con la consecuente vulneración de las garantías de los inculpados.

Además, no sólo el tipo penal contenido en la Ley Antiterrorista es ambiguo, sino que es suficiente con que el Ministerio Público decida que un hecho constituye delito terrorista, para que los efectos procesales de este tipo penal especial se apliquen. Así lo prevé el artículo 10 de la Ley Antiterrorista: *“Las investigaciones a que dieron lugar los delitos previstos en esta ley se iniciarán de oficio por el Ministerio Público o por denuncia o querrela, de acuerdo con las normas generales”*.⁶³

⁶³ Por su parte, el artículo 14 de la Ley Antiterrorista faculta al Ministerio Público para pedir al juez de garantía la adopción de medidas restrictivas de derechos: *“En los casos del artículo 1º de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, además, por resolución fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:*

- 1.- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.
- 2.- Establecer restricciones al régimen de visitas.
- 3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica (...)” (Congreso Nacional, 1984).

Esta definición imprecisa de terrorismo contraviene los principios de legalidad⁶⁴ y de tipicidad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable (...)”*; así como en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11, inciso segundo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁵. A nivel nacional, ambos principios se encuentran consagrados en el artículo 19, inciso tercero, de la Constitución Política chilena: *“(...) Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”* (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014a).

Puede observarse como la regulación que se hace a nivel internacional exige que la responsabilidad penal esté limitada a disposiciones claras y precisas, de modo que se respete así el principio de certidumbre del derecho y de velar por que el mismo no esté sujeto a interpretaciones que amplíen indebidamente el alcance del hecho cometido. Así pues, los Estados no pueden utilizar definiciones excesivamente vagas o amplias de terrorismo como medio para abarcar acciones pacíficas encaminadas a proteger, entre otras cosas, derechos humanos o, más en general, para limitar cualquier tipo de oposición política (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014b). En este punto se pronunció el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, según el cual: *“la adopción de definiciones de terrorismo demasiado amplias puede dar lugar a tergiversaciones deliberadas del término, por ejemplo, para responder a reivindicaciones y movimientos sociales de pueblos indígenas, así como a violaciones no intencionales de los derechos humanos. Las definiciones poco claras, imprecisas o demasiado amplias pueden utilizarse para atacar a la sociedad civil, silenciar a los defensores de los derechos humanos”* (Naciones Unidas, 2015b, párr. 14).

⁶⁴ El principio de legalidad engloba los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, los cuales prohíben que los Estados procesen o sancionen a personas por actos y omisiones que no fueron cometidos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

⁶⁵ Ambos convenios expresan la misma exigencia contenida en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La redacción del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la siguiente: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...)”* (Naciones Unidas, 1976a).

Por su parte, el artículo 11, inciso segundo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina también que: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”* (Naciones Unidas, 1948).

Diversos órganos internacionales se han pronunciado respecto el tipo penal contenido en la Ley Antiterrorista y la falta de eficacia del mismo. Así, la Comisión IDH, en su Informe de Fondo de 2010, señaló que con la regulación contenida en la Ley Antiterrorista “(...) *la distinción entre un delito común y un delito terrorista, quedan a la completa discrecionalidad del juez en cada caso concreto*” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, párr. 137) ⁶⁶. Además, en el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos que también elaboró la Comisión IDH en 2002, ésta también se pronunció sobre la vulneración del principio de legalidad en aquellos supuestos en lo que las leyes nacionales contenían una definición amplia de terrorismo: “*La Comisión y la Corte han determinado que ciertas leyes nacionales antiterroristas violan el principio de legalidad porque, por ejemplo, han intentado prescribir una definición comprensiva del terrorismo que resulta excesivamente amplia o imprecisa*” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 261).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU manifestó en su sexto Informe periódico de Chile, en agosto del 2014, que la definición de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista es demasiado amplia y que ello podía dar lugar a arbitrariedades en su aplicación, así como que las garantías procesales se veían limitadas bajo la aplicación de la misma. En el Informe que emitió el Comité, éste también señaló su preocupación por el hecho que la Ley Antiterrorista había sido utilizada para la investigación y persecución penal de miembros de las comunidades *mapuche*. Por todo ello, exhortó al Estado de Chile a “*reformar la Ley Antiterrorista y adoptar una definición clara y precisa de los delitos de terrorismo para asegurar que las actividades que realizan los agentes del orden en el marco de la lucha contra el terrorismo no estén dirigidas a determinadas personas por su origen étnico o cualquier motivo social o cultural. Asimismo, debe asegurar que las garantías procesales, contenidas en el artículo 14 del Pacto, sean respetadas. El Comité insta al Estado parte a abstenerse de aplicar la Ley Antiterrorista contra los mapuches*” (Comité de Derechos Humanos, 2014, párr. 9).

⁶⁶ Dicho Informe, elaborado por la Comisión IDH, fue un Informe en relación con el Caso Norín Catrimán, que fue el caso en el que posteriormente, en 2014, la Corte IDH se pronunció y condenó al Estado chileno por la violación del principio de legalidad y el principio de presunción de inocencia, y que más adelante comentaré.

6.1.2. Problemas de tipo procesal

Se pueden identificar cinco falencias de tipo procesal que presenta la Ley Antiterrorista:

6.1.2.1. Detención inicial

De acuerdo con lo establecido en el artículo 132 Código Procesal Penal chileno, el plazo máximo de ampliación de la detención es de 3 días: “(...) *el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación (...)*” (Congreso Nacional, 2000). En cambio, la Ley Antiterrorista prevé en su artículo 11, inciso primero, una ampliación de hasta diez días: “*Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación*” (Congreso Nacional, 1984).

El extenso plazo que se prevé en la Ley Antiterrorista, además de excesivo, es innecesario. El mismo constituye una vulneración de los estándares básicos de derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los Estados, en su artículo 7, inciso quinto, a que toda persona detenida sea llevada sin demora ante un juez. Asimismo, también se consagra en el inciso sexto del mismo artículo, el derecho de la persona privada de libertad a recurrir ante un tribunal que decida sobre la legalidad de su privación de libertad^{67 68}. También se pronunció al respecto sobre dicha cuestión la Comisión IDH: “*no se considerará razonable una demora de más de dos o tres días en llevar al detenido ante una autoridad judicial en general*” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 122).

⁶⁷ Artículo 7, inciso quinto: “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*” (Organización de los Estados Americanos, 1978).

Artículo 7, inciso sexto: “*Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Parte cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona*” (Organización de los Estados Americanos, 1978).

⁶⁸ Los mismos requerimientos son recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9, incisos tercero y cuarto.

6.1.2.2. Secreto de la investigación

Uno de los mayores problemas derivados de la aplicación de la Ley Antiterrorista es el extenso plazo que prevé la misma en relación al secreto sobre ciertos aspectos de la investigación, el cual puede llegar a alcanzar hasta 6 meses según lo establecido en el artículo 21 de la misma: “*Cuando se trate de la investigación de los delitos a que se refiere esta ley, si el Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de testigos o peritos, podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes, en los términos que dispone el artículo 182 del Código Procesal Penal. El plazo establecido en el inciso tercero de esta última disposición podrá ampliarse hasta por un total de seis meses*”; mientras que el Código Penal Procesal prevé un plazo máximo de 40 días (Congreso Nacional, 1984)⁶⁹.

Tal y como puede desprenderse de una lectura de dicho artículo, el legislador entrega la facultad de fijar el secreto de ciertos aspectos de la investigación al Ministerio Público, teniendo los tribunales sólo la facultad de controlar que las piezas sometidas a secreto estén adecuadamente señaladas según lo establecido en el artículo 182 del Código Procesal Penal.

Esta regulación que realiza la Ley Antiterrorista contraviene los estándares fijados en el artículo 14, inciso tercero, letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual exige que los acusados sean informados sin demora de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra, así como que los mismos cuenten con los medios y facilidades adecuados para la preparación de su defensa^{70 71}. En esta línea se pronunció la Comisión IDH en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos: “*En circunstancias en que no exista un estado de*

⁶⁹ La regulación del secreto de la investigación se encuentra contenida en el artículo 183 del Código Penal Procesal, inciso tercero: “*El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto, el cual podrá ser ampliado por el mismo período, por una sola vez, con motivos fundados (...)*” (Congreso Nacional, 2000).

⁷⁰ La redacción del artículo 14, inciso tercero, letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la siguiente: “*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*” (Naciones Unidas, 1976a).

⁷¹ Esta exigencia también se encuentra contenida en el artículo 8, inciso segundo, letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada*” (Organización de los Estados Americanos, 1978).

emergencia estrictamente definido de acuerdo con los instrumentos aplicables de derechos humanos, los Estados están completamente obligados por las restricciones y limitaciones del derecho internacional de los derechos humanos que rigen las privaciones de la libertad personal. Éstos incluyen el derecho de las personas a: (...) ser informado, en un idioma que entienda, de las razones de su detención y a ser notificado sin demora del cargo o los cargos que se le imputan” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 138).

Contemplar la posibilidad de declarar el secreto sobre ciertas piezas de la investigación contraviene el derecho a la defensa del acusado y sólo podría autorizarse de manera excepcional, por plazos de tiempo lo más acotados posible, y ponderándose el derecho del imputado junto con otros intereses legítimos como la protección de testigos. En tales casos deben aplicarse los criterios de legalidad, estricta necesidad y el uso de mecanismos de contrapeso que permitan resguardar los derechos del imputado (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014b).

6.1.2.3. Prisión preventiva extensa

Este punto supone uno de los más complejos, puesto que en la mayoría de los casos en los que se aplicó la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo *mapuche*, los imputados fueron sometidos a prisión preventiva por períodos importantes de tiempo, para terminar siendo absueltos o condenados, por delitos distintos de la Ley Antiterrorista, a penas de cumplimiento en libertad.

En la medida que la Ley Antiterrorista se ha venido aplicando mayormente en la Región de la Araucanía desde el año 2000, más que en otras regiones del país, han sido los miembros del pueblo *mapuche* quienes más han sufrido períodos de prisión preventiva (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2017).

Según un Informe elaborado por el Senado de Chile, de los 91 casos en los que había sido invocada la Ley Antiterrorista entre el 2010 y el 2016, sólo 5 resultaron con condenas efectivas, esto es, el 5,5% de los casos judiciales en los que se invocó la Ley Antiterrorista resultaron con sentencias condenatorias (Senado de la República de Chile, 2017). La baja efectividad de la Ley Antiterrorista para lograr condenas efectivas se debe fundamentalmente al imperativo judicial de probar el “animus” terrorista, pues, tal y como se expuso anteriormente, el artículo 1 de la Ley Antiterrorista contiene una definición muy amplia de terrorismo. Esta aplicación generalizada de la Ley Antiterrorista conlleva, como consecuencia directa, una tendencia al uso extensivo de prisiones

preventivas, la cual contraviene a la regulación internacional sobre el uso restrictivo de la privación de la libertad.

Es importante destacar que en la aplicación de estas prisiones preventivas, el argumento que suele utilizarse a nivel judicial para decretarlas y/o mantenerlas es que, dado que los delitos tienen asignadas penas de crimen, existiría generalmente peligro para la seguridad de la sociedad de acuerdo a lo establecido en el artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal, según el cual: “*Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra (...)*” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014a). Ahora bien, a nivel internacional el peligro para la seguridad de la sociedad no se encuentra reconocido como justificación de la prisión preventiva. Así pues, tal y como se expuso con anterioridad, tanto el artículo 7, inciso quinto, de la Convención Americana de Derechos Humanos, como el artículo 9, inciso tercero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estipulan la obligación de que el imputado sea llevado, sin demora, ante un juez. Por lo tanto, de nuevo, la regulación legal que hace el Estado chileno se aparta de los estándares internacionales.

Si bien tanto la regulación de la aplicación de la prisión preventiva como la justificación de la misma se da en el marco de las normas del Código Penal Procesal, el hecho de que la Ley Antiterrorista contenga una definición tan imprecisa de terrorismo en su artículo 1, conlleva a que en la práctica se aplique esta medida. Esto hace que la prisión preventiva se aparte de su función estrictamente cautelar y termine afectando gravemente el principio de presunción de inocencia (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014a).

Respecto al uso de esta herramienta procesal, destaca el comunicado de tres expertos en derechos humanos de la ONU, del 6 de octubre de 2017, en el que urgían al Estado chileno de no aplicar la Ley Antiterrorista a cuatro miembros de la comunidad *mapuche* que fueron arrestados en junio de 2016 bajo acusaciones de incendio⁷², y quienes permanecieron en prisión preventiva desde entonces bajo la Ley Antiterrorista. Los expertos señalaron que: “*Los miembros de la comunidad indígena han sido privados de su libertad por 16 meses. La Ley Antiterrorista no ofrece las garantías necesarias para un juicio justo, mientras que su uso pone en riesgo la estigmatización de las comunidades indígenas. Además, pone en duda el derecho a la presunción de inocencia de los acusados*”, añadiendo que: “*Instamos a Chile a que se abstenga de usar la Ley Antiterrorista para*

72 Éstos fueron Alfredo Trancal y los hermanos Ariel, Benito y Pablo Trangol (Naciones Unidas, 2017).

lidar con hechos ocurridos en el contexto de protestas sociales de los mapuches, que buscan reclamar por sus derechos” (Naciones Unidas, 2017, párrs. 4-5).

6.1.2.4. Testigos protegidos

La utilización de testigos protegidos ha consistido una medida ampliamente utilizada en el marco del proceso de enjuiciamiento de delitos terroristas en la Araucanía. La misma genera mucha controversia porque su uso implica la infracción del derecho de defensa del imputado.

La utilización del imputado arrepentido y su declaración durante la etapa de investigación bajo la figura de testigo anónimo, ha sido relevante para que los tribunales chilenos decretasen la medida cautelar de prisión preventiva en ciertos casos contra miembros del pueblo *mapuche*⁷³. Esta figura es conocida como “delator compensado” y la simple declaración del mismo sin que concurriesen en la etapa de investigación otros antecedentes que reafirmasen la fiabilidad de la misma, dio lugar a que se mantuviera la prisión preventiva para los acusados durante un tiempo que, en algunos casos, fue más de un año (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014a).

El uso de esta herramienta jurídica implica un detrimento del derecho a la defensa y al debido proceso, pues la misma restringe severamente la posibilidad de realizar diligencias durante la investigación con el objeto de recabar antecedentes que puedan influir en la idoneidad del testigo o la plausibilidad de sus imputaciones.

En los distintos casos donde se ha aplicado la legislación antiterrorista en el contexto de demandas de tierras *mapuche*, los tribunales han aceptado el testimonio de un número importante de testigos protegidos o “sin rostro” presentados por el Ministerio Fiscal. En ellos, el Ministerio Público se ha justificado en una interpretación de los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal. Ahora bien, el artículo 307 simplemente autoriza a que el testigo no responda a preguntas relativas a su domicilio, mientras que el artículo 308 permite que se adopten medidas especiales para proteger su seguridad en casos graves y calificados. Por lo tanto, de una lectura de los mismos no puede desprenderse la justificación de una medida tan restrictiva de derechos como lo es la figura del testigo protegido (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014a).

⁷³ Algunos de los casos mencionados por el INDH en su Informe del año 2014 sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista, fueron el caso Tur Bus, el caso Peaje Quino y el caso San Leandro y Fundo Brasil (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014a).

El uso de esta figura contraviene el principio de igualdad de armas y el derecho al contradictorio en materia probatoria, contenido en el artículo 8, inciso segundo, letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos: *“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (...)”* (Organización de los Estados Americanos, 1978); y el artículo 14, inciso segundo, letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁴. Según la Comisión IDH, dentro de las garantías procesales mínimas de los procesados, las cuales constituyen una condición previa necesaria para garantizar que la imposición de la pena capital no constituya la privación arbitraria de la vida, se encuentra el derecho del acusado a interrogar a los testigos que se presenten en su contra. La misma se pronunció sobre esta cuestión en los términos siguientes: *“El acusado no puede realizar ningún examen efectivo de los testigos de la contraparte, si no posee información alguna en relación con los antecedentes o motivaciones de los testigos, ni sabe cómo estos obtuvieron información acerca de los hechos en cuestión. Por estas razones, el uso de sistemas judiciales secretos ha sido catalogado por la Corte y la Comisión como una flagrante violación de la garantía esencial del debido proceso a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial, y de la garantía relacionada con el carácter público de los juicios penales”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 233).

Si bien la protección de testigos es admitida por el Derecho Internacional de los derechos humanos⁷⁵, los Estados deben velar por que esa herramienta se concilie con el derecho a la defensa. De la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos cabe inferirse que no es posible concluir en abstracto el efecto de esta figura procesal sobre el debido proceso, sino que *“cada situación debe ser detenidamente evaluada en sus propios méritos dentro del contexto del sistema judicial particular de que se trate”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 251).

⁷⁴ La redacción del mismo es: *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”* (Naciones Unidas, 1976a).

⁷⁵ Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos fijaron un conjunto de requisitos para autorizar el uso de testigos protegidos. Éstos son:

- a) Que exista peligro real hacia el testigo o compareciente derivado de su colaboración con la justicia;
- b) Que la adopción de dicha medida no afecte las garantías inderogables del debido proceso, lo cual ha de ponderarse en la especificidad del caso particular;
- c) La posibilidad de apelar a la decisión que autoriza el anonimato de los testigos;
- d) En cuanto medio de prueba, el testimonio prestado por el testigo bajo reserva de identidad debe haber sido compensado con otras medidas dentro del proceso, que reparen el desequilibrio en el ejercicio del derecho de defensa del acusado;
- e) Estas declaraciones no pueden ser determinantes para sustentar el juicio de culpabilidad (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014a).

La legislación antiterrorista chilena no es taxativa en relación con los requisitos elegibles para la admisión de sistemas de protección de testigos a través de la reserva de identidad. Según la misma, corresponde al juez la admisión o no de estos testigos y la determinación de las condiciones de la deposición de su testimonio (artículo 16 de la Ley Antiterrorista). Esto conlleva a que, en la práctica, dicha herramienta procesal dé lugar a vulneraciones de las garantías de los procesados, pues el uso de la misma no se ve restringido por criterios de excepcionalidad y necesidad.

6.2. Condena de la Ley Antiterrorista por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena *mapuche*) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014)

A inicios de la década del 2000 se llevaron a cabo en el sur de Chile, fundamentalmente en la Región de la Araucanía, un conjunto de reclamos, manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros del pueblo *mapuche*, líderes y organizaciones del mismo, con el fin de que fueran atendidas y solucionadas sus reivindicaciones, fundamentalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 79). Este conflicto se vio agravado debido a la intensificación de la explotación de tierras por parte de empresas forestales desde finales del siglo XX.

En el marco de esta situación social, entre 2001 y 2002 tuvieron lugar una serie de incendios de precios y quemas de camiones. Estas acciones produjeron daños materiales, pero no afectaron a la vida ni a la integridad de ninguna persona (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 74).

Como consecuencia de estos hechos, se iniciaron un conjunto de procesos penales en contra de activistas por los derechos del pueblo *mapuche*, a quienes se les aplicó la Ley Antiterrorista y se les procesó por los delitos de “incendio terrorista” y “amenaza de incendio terrorista”. Los acusados fueron condenados a penas privativas de libertad. Además, se les impusieron penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de sus derechos políticos. A tres de los procesados se les inhabilitó para el ejercicio de actividades relacionadas con la emisión de información y opiniones en medios de comunicación. Concretamente, *“les fueron impuestas las penas accesorias previstas en el artículo 9 de la Constitución Política de Chile, con las cuales “quedaron, entre otras cosas, inhabilitados por el plazo de quince años (...) para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la*

emisión o difusión de opiniones o informaciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 373).

El 7 de agosto de 2011, la Comisión IDH sometió a la jurisdicción de la Corte IDH el caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile” -también conocido como “caso *lonkos*”- debido a la violación de los derechos humanos de los imputados durante los procesos judiciales objeto de la sentencia⁷⁶. Se le pidió a la Corte IDH que se pronunciara sobre diversos puntos, ente los cuales es importante destacar los siguientes:

6.2.1. Violación del principio de legalidad

Uno de los puntos sobre los que se pronunció la Corte IDH hace referencia a la vulneración del principio de legalidad por parte de la Ley Antiterrorista. Al respecto, la Corte IDH hizo una primera valoración relacionada con la manera que la Ley Antiterrorista fundamenta los delitos terroristas, combinando un elemento subjetivo (la denominada “intención o finalidad terrorista”) con un elemento objetivo (las conductas mencionadas en el artículo 2 de la misma ley). Al respecto, señaló la importancia del carácter de *ultima ratio* de este tipo de legislaciones: “*La Corte reitera la importancia de que en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas penalmente ilícitas no se utilice la tipificación penal especial sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 180).

Asimismo, en relación con el caso particular de Chile y la situación de reclamos por parte de los pueblos indígenas, la Corte constató que “*varios órganos y expertos internacionales han afirmado que Chile no ha resuelto de forma efectiva las causas que dan lugar a la protesta social mapuche en las regiones de Bío Bío y la Araucanía (...). En este sentido, resulta prioritario que el Estado garantice una atención y solución adecuada y efectiva a tales reclamaciones para proteger y garantizar tanto los derechos del pueblo indígena como los del resto de los miembros de la sociedad en dichas regiones*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 182).

⁷⁶ Concretamente, se violaron los derechos contenidos en los artículos 8 (garantías judiciales), 9 (principio de legalidad y retroactividad), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como las obligaciones establecidas en los artículos 1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 1).

6.2.2. Violación de las garantías procesales

El segundo punto en torno al cual se pronunció la Corte IDH hace referencia a la vulneración del derecho de igualdad y las garantías del debido proceso. Los demandantes argumentaron que el Estado chileno aplicaba “selectivamente” la legislación terrorista, esto es, que dicha ley era aplicada de manera discriminatoria en contra de personas de origen *mapuche* o vinculadas a su causa. Asimismo, alegaron que al aplicarse la Ley Antiterrorista se producían un conjunto de vulneraciones al debido proceso, concretamente respecto al derecho de ser juzgado por un tribunal imparcial, el uso de testigos de identidad reservada y el derecho a recurrir la sentencia frente a un tribunal superior (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párrs. 189-190).

6.2.2.1. Derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial

Según los demandantes, los tribunales que condenaron a las víctimas peticionarias del caso lo hicieron desde prejuicios y estereotipos sociales que vinculaban a los indígenas -particularmente los *mapuche*- con hechos de violencia y actos terroristas. Asimismo, también sostenían que se violaba el derecho que tiene toda persona a ser juzgada por un tribunal imparcial, ya que el origen étnico de las víctimas determinaba significativamente el fallo de los tribunales chilenos. También alegaron que el mayor número de imputaciones en contra de personas *mapuche* bajo la Ley antiterrorista era indicativo de un uso sesgado de dicha legislación en razón del origen étnico de los imputados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 189).

Al respecto, la Corte IDH concluyó que *“la mayor aplicación a miembros del pueblo indígena mapuche de esa ley penal que tipifica conductas terroristas por sí misma no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación “selectiva” de carácter discriminatorio. Asimismo, no fueron aportados a la Corte suficientes elementos de información sobre el universo de hechos de violencia o delictivos de naturaleza semejante en la época de los hechos del presente caso, supuestamente perpetrados por personas no pertenecientes al pueblo indígena mapuche, a los que, con los criterios con los que se aplicó la Ley Antiterrorista en los casos de imputados mapuches, se debiera haber aplicado también en esos otros casos”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 219).

En cuanto al uso de estereotipos sociales y prejuicios al momento de conocer las causas seguidas en contra de las víctimas, la Corte IDH sostuvo que en los procesos judiciales que había

analizado existían alusiones como, por ejemplo, que los hechos sucedieron en el contexto de reivindicaciones territoriales *mapuche* y que algunos de los imputados pertenecían a esas “organizaciones violentistas”. Al respecto, la Corte determinó que “*la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 228).

6.2.2.2. Uso de testigos protegidos

En el caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”, se utilizaron reglas tanto de la legislación procesal penal común (artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal)⁷⁷, como de la Ley Antiterrorista (artículos 15 y 16)⁷⁸, para mantener en secreto la identidad de algunos testigos,

⁷⁷ Artículo 307: “*La declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales. Si existiere motivo para temer que la indicación pública de su domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, podrá autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia. Si el testigo hiciera uso del derecho previsto en el inciso precedente, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, además se impondrá a su director una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos mensuales*” (Congreso Nacional, 2000).

Artículo 308: “*El tribunal, en casos graves y calificados, podrá, por solicitud de cualquiera de las partes o del propio testigo, disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de este último, las que podrán consistir, entre otras, en autorizarlo para deponer vía sistema de vídeo conferencia, separado del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual, o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario. De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección. Se entenderá que constituye un caso grave y calificado aquel en que la solicitud se fundamente en la existencia de malos tratos de obra o amenazas en los términos del artículo 296 del Código Penal. Para adoptar esta decisión, el tribunal podrá oír de manera reservada al testigo, sin participación de los intervinientes en el juicio*” (Congreso Nacional, 2000).

⁷⁸ Artículo 15: “*(...) Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas: a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos. b) que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y c) que las diligencias que tuvieren lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía, y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo (...)*” (Congreso Nacional, 1984).

estableciendo una serie de condiciones bajo las cuales se produjeron los testimonios, lo cual implicó una merma del derecho de defensa de los imputados. Para poder determinar si se produjo tal vulneración, la Corte analizó si la utilización de los testigos protegidos: estaba sujeta a control judicial; se fundó en los principios de necesidad y proporcionalidad; estaba suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, como la necesidad de que el juez conociera la identidad del testigo y pudiera observar su comportamiento, así como la posibilidad de que la defensa interrogara directamente al testigo sobre cuestiones no vinculadas con su identidad o paradero actual; y, por último, si la declaración de los testigos protegidos no constituía el fundamento único o decisivo de la condena penal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párrs. 245-246).

Al respecto, la Corte IDH concluyó que el Estado chileno violó el derecho de la defensa a interrogar testigos, conforme a lo establecido en el artículo 8, inciso segundo, letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁹ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párrs. 252 y 260). Asimismo, la Corte señaló que el control judicial realizado fue insuficiente, ya que la resolución que autorizó la comparecencia de los testigos no estuvo debidamente motivada y que, si bien hubo medidas de contrapeso adecuadas, las declaraciones de dichos testigos fueron decisivas para fundar las condenas contra algunos de los imputados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párrs. 251 y 259).

6.2.2.3. Derecho a recurrir el fallo

En relación con este punto, los demandantes alegaron que la legislación chilena contravenía la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁰, ya que no se contemplaba la posibilidad de apelar ante un tribunal superior. La Ley Antiterrorista no contempla un sistema de impugnación de

Artículo 16: “El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio. La infracción de estas prohibiciones será sancionada con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, tratándose de quien proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos” (Congreso Nacional, 1984).

79 El mismo establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (Organización de los Estados Americanos, 1978).

80 La misma prevé en su artículo 8, inciso segundo, letra h) que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (Organización de los Estados Americanos, 1978).

sentencias, sino que la misma se remite al Código Procesal Penal chileno, el cual contempla en su Título IV, únicamente un recurso de nulidad en contra de las sentencias condenatorias.

La Corte IDH se dispuso a analizar si el sistema recursivo del Código Penal Procesal chileno se ajustaba a las exigencias del artículo 8, inciso segundo, letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 274). El examen realizado por la Corte versó sobre el alcance del recurso de nulidad, esto es, si el sistema que contempla la legislación procesal penal chilena permite que, por medio del recurso de nulidad, se revisen no sólo cuestiones jurídicas, sino también cuestiones fácticas y probatorias, permitiendo que una condena penal pueda ser efectivamente revisada por un tribunal superior. Al respecto, la Corte IDH concluyó que el Estado chileno también violó la Convención Americana de Derechos Humanos en este punto, ya que los tribunales no realizaron un examen integral de las decisiones recurridas, impidiendo el ejercicio efectivo del derecho de defensa de los imputados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párrs. 280, 290 y 291).

6.3. El proyecto de Ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal (3 de noviembre de 2014)

El 3 de noviembre de 2014 la Presidenta Bachelet envió al Congreso de Diputados un proyecto de Ley que determinaba conductas terroristas y su penalidad y modificaba el Código Penal y el Código Procesal Penal [Boletín N° 9692-07]. Dicha iniciativa legislativa fue elaborada sobre la base del trabajo realizado por una Comisión de Expertos convocada por el Gobierno de Bachelet en abril de 2014 a través del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, encargada de trabajar en una nueva propuesta de regulación jurídica de los delitos terroristas.

Dicho proyecto de Ley contemplaba un conjunto de reformas tanto de carácter sustantivo como procesal, para lo cual se modificaba tanto el Código Penal como el Código Procesal Penal chileno. Ahora bien, en el proyecto no se planteó la modificación de la regulación constitucional de terrorismo⁸¹, es decir, se trató de un proyecto de Ley de quórum calificado. La consecuencia directa

⁸¹ La regulación que hace la Constitución chilena sobre el terrorismo se encuentra en el artículo 9 (disposición general sobre el terrorismo), el artículo 16, inciso segundo (suspensión del derecho de sufragio), el artículo 17, inciso tercero (pérdida de la ciudadanía) y el artículo 19, inciso séptimo, letra e) (libertad del imputado) de la misma:

Artículo 9: “El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos,

de esto es que subsistan los problemas que presenta la regulación constitucional del terrorismo, la cual debería ser modificada a fin de respetar los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Una de las falencias de la actual regulación constitucional del terrorismo es la suspensión de los derechos políticos por el solo hecho de ser acusado por un delito terrorista (artículo 16, inciso segundo, de la Constitución Política de la República de Chile), contraviniéndose así la presunción de inocencia contemplado en el ya mencionado artículo 8, inciso segundo, letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En su Mensaje Presidencial, Bachelet expresó que *“La ley antiterrorista vigente es criticada por su origen, pero además su ineficacia la ha puesto en desuso”* (Bachelet Jeria, 2014, p. 1). Asimismo, la Presidenta reconoció el rechazo internacional de la legislación antiterrorista chilena debido a la vulneración, en la aplicación de la misma, de los derechos humanos de los inculcados y de las normas que regulan el debido proceso, decretando que: *“(...) Chile requiere una legislación antiterrorista que dé cuenta de las formas que el fenómeno asume actualmente y, muy especialmente, que pueda capitalizar, desde el punto de vista normativo, los avances y reconocimientos efectuados en el seno de la comunidad internacional”* (Bachelet Jeria, 2014, p. 5)..

En relación con las modificaciones de carácter sustantivo, se consagró principalmente la propuesta de tipificación de la “asociación criminal terrorista” y la regulación de la “delincuencia

sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.

Artículo 16, inciso segundo: *“El derecho de sufragio se suspende: 2º.- Por hallarse a persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista”.*

Artículo 17, inciso tercero: *“La calidad de ciudadano se pierde: 3º.- Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva”.*

Artículo 19, inciso séptimo, letra e): *“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla. La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple”* (Congreso Nacional, 1980).

terrorista”. En cuanto a las modificaciones de carácter procesal, el proyecto introdujo medidas y diligencias tendientes a fortalecer la investigación de delitos terroristas, así como facilitar la investigación de delitos más completos como la criminalidad organizada (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014b).

Una de las principales modificaciones que introdujo el proyecto de Ley, es que en su artículo 1 definía el terrorismo como crimen organizado y establecía como figura penal básica el delito de asociación criminal terrorista. Así, el mismo prescribía que: *“Constituirá asociación criminal terrorista toda organización o grupo cuando, a través de la perpetración de los crímenes por ella proyectados, y siempre que éstos consistan en aquellos establecidos en los artículos 141, 142, 150 A, 315, 316, 391, 395, 396, 397 o 398 del Código Penal y artículos 5°, 5° b) y 6° de la Ley N° 12.927 el delito de colocación de artefactos explosivos e incendiarios establecido en la Ley N° 17.798, se persiguere socavar o destruir el orden institucional democrático, alterar gravemente el orden público, imponer exigencias a la autoridad política, arrancar decisiones de ésta o infundir temor generalizado en la población de pérdida o privación de los derechos fundamentales. Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente, la asociación se entenderá efectivamente organizada en atención a la cantidad de sus miembros; su dotación de recursos y medios; la división de tareas o funciones, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo”* (Poder Ejecutivo, 2014).

De una lectura de dicho artículo, puede observarse como la nueva definición propuesta exigía el cumplimiento de tres requisitos para poder considerar un hecho como terrorismo: el primero de ellos hacía referencia a que el hecho fuera cometido por una organización o grupo. Con ello, se formulaba el terrorismo como una forma de crimen organizado, y no individual. En el inciso segundo del mismo artículo se especificaba qué se entiende por organización. El segundo requisito hacía referencia a que el hecho cometido por tal organización criminal coincidiese con el tipo penal de alguno de los delitos incluidos en el propio artículo. Esto es, no cualquier hecho cometido por una organización de personas se consideraba un delito terrorista, sino que debía tratarse de una conducta que revistiera de gravedad suficiente. El proyecto introducía más de 25 tipos penales, regulados en el Código Penal, la Ley N° 12.927 de Seguridad Interior del Estado y la Ley N° 17.798 de control de armas y explosivos. En cuanto al tercer requisito, éste hacía referencia a las “finalidades” que se perseguían con la comisión del hecho.

De una lectura del artículo 1, puede desprenderse una falta de claridad en cuanto al sentido y alcance de dichas finalidades, pues no queda claro si éstas deben concurrir conjuntamente a la

configuración del ilícito o independientemente unas de las otras. Asimismo, las expresiones “alterar gravemente el orden público” o “imponer exigencias a la autoridad política” pueden generar dificultades a la hora de determinar la existencia del hecho imponible por parte de los tribunales de justicia (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014b). Por lo tanto, puede concluirse que la nueva definición de terrorismo que contenía el proyecto de Ley continuaba siendo ambigua e insuficiente.

Otra falencia que puede observarse en el proyecto de Ley presentado por Bachelet es la redacción que se contenía en el artículo 3 del mismo⁸², sobre los casos de terrorismo individual. Dicho artículo castigaba a quien, sin pertenecer a una agrupación, se adhiriera positivamente a los propósitos de una organización terrorista, esto es, a quien actuara por adherencia. Esta regulación adolece de problemas de coherencia con el artículo 1 del proyecto, el cual define el terrorismo como crimen organizado.

Una importante desmejora que introduce el proyecto de Bachelet respecto de la regulación contenida por la Ley Antiterrorista actualmente vigente es que el mismo contemplaba la inclusión de los menores de edad al ámbito de aplicación de la Ley Antiterrorista. La regulación legislativa que hizo Bachelet al respecto genera confusión. En primer lugar, porque el inciso primero del artículo 8 del proyecto de Ley se señalaba que *“en ningún caso, adolescentes podrán ser juzgados por los delitos señalados en los artículos 1, 3, 5 y 6”*, sin incluirse en la redacción del mismo el artículo 2, el cual contiene una lista de delitos terroristas. Y, en segundo lugar, debido a que el mismo artículo 8, en su inciso segundo, establecía que los adolescentes sí podían ser responsables de delitos terroristas: *“no se extenderá a las medidas de investigación y demás disposiciones que no digan relación con la determinación y cuantía de la sanción a imponer a los adolescentes responsables de algunos de los delitos a que se refieren los artículos anteriores”* (Poder Ejecutivo, 2014).

En cuanto a las modificaciones en materia procesal, el proyecto incluyó un régimen especial de investigación bajo el título de “Diligencias y medidas especiales de investigación para delitos

⁸² El artículo 3 del proyecto de Ley presentado por Bachelet establecía que: *“La pena señalada en el inciso segundo del artículo anterior se aplicará a todo individuo que haya tomado parte o ejecutado un delito de los expresados en el artículo 1° de la presente Ley y hubiese adscrito o adherido positivamente a los propósitos concretos de perpetración de los crímenes, manifestados por organizaciones, asociaciones o grupos nacionales o extranjeros. Se considerará adhesión positiva cualquier manifestación de voluntad expresa o tácita del imputado o la aceptación de los propósitos criminales de una organización, asociación o grupo, sea que el medio de adhesión positiva fuese electrónico, telefónico, la participación en redes sociales o cualquier otro medio. También se aplicará dicha pena al individuo que, sin pertenecer a una organización o grupo y habiendo tomado parte o ejecutado alguno de los delitos señalados en el artículo 1°, lo hubiese hecho persiguiendo las finalidades allí expresadas”* (Poder Ejecutivo, 2014).

organizados o complejos”. Uno de los cambios introducidos por el proyecto fue la reducción a la mitad del plazo máximo de detención del acusado previsto en la Ley Antiterrorista vigente, pasando de 10 días a 5 días. Ahora bien, aun y así, seguía siendo un plazo más extenso que el previsto por el Código Penal Procesal chileno, el cual prevé en su artículo 132 un plazo de detención de hasta 3 días (artículo 223 M).

Igualmente, en materia de plazos, el artículo 226 C fijaba un plazo máximo para la investigación de delitos completos de tres años, el cual excede en un año respecto al plazo general previsto en el artículo 247 del Código Procesal Penal Chileno, según el cual: *“Transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla”* (Congreso Nacional, 2000).

Por su parte, el artículo 226 D del proyecto de Ley establecía en materia de secreto de las piezas de investigación que: *“(..) El plazo total del secreto no podrá exceder de seis meses”*, lo cual no es distinto a lo señalado por la Ley Antiterrorista actual.

Por último, en relación con la prisión preventiva, la regulación contenida en el presente proyecto de Ley agravaba el régimen que prevé la Ley Antiterrorista vigente. Así pues, el artículo 226 N del proyecto presentado por Bachelet establecía medidas especiales en prisión preventiva: *“Durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, además, por resolución fundada, todas o algunas de las siguientes medidas: a) Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto. b) Establecer restricciones al régimen de visitas. c) Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica (...)”*. Con ello se contraviene lo estipulado por los estándares internacionales de derechos humanos en cuanto a la excepcionalidad de la prisión preventiva (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014b).

De todo lo expuesto, puede observarse cómo, a pesar de que Michelle Bachelet reconoció en el Mensaje Presidencial que acompañaba el proyecto de Ley, que la Ley Antiterrorista contravenía los estándares internacionales, formuló una propuesta de proyecto que no introdujo cambios significantes a la actual legislación antiterrorista. De hecho, tal y como se ha comentado, algunas de las modificaciones propuestas implican una desmejora del régimen actualmente vigente. Así, uno de los grandes problemas que presenta la actual Ley Antiterrorista es la definición ambigua de terrorismo que contiene, falencia que no es solventada por el proyecto propuesto por Bachelet. En

cuanto a las falencias de tipo procesal que presenta la Ley Antiterrorista, al inicio de este capítulo se identificaron varias. Una de ellas hace referencia al excesivo plazo de detención inicial contenido en el artículo 11 de la Ley Antiterrorista, el cual es de 10 días. A pesar de que Bachelet propuso su reducción a la mitad en el proyecto de Ley, el mismo continuaba siendo superior al plazo general previsto por el Código Procesal Penal, con lo cual, en este punto tampoco se solventó la contravención a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, según los cuales, toda persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez.

Otra de las falencias en materia procesal que se identificaron es el extenso plazo de secreto de investigación, plazo que fue mantenido en el proyecto presentado por Bachelet. Por último, en cuanto a la prisión preventiva extensa, la cual, tal y como se mencionó, supone una de las herramientas procesales más usadas en los casos en los que fue aplicada la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo *mapuche*; Bachelet agravó en su proyecto de Ley el régimen actual, proponiendo un conjunto de “medidas especiales en prisión preventiva”.

Cabe recordar que la entonces Presidenta anunció en su Programa de Gobierno el compromiso de estudiar la normativa en materia de delitos terroristas con el fin de hacer las modificaciones correspondientes “*para adecuarla a los estándares internacionales, tal como le han recomendado al Estado de Chile los órganos internacionales de protección de derechos humanos*”, así como que comprometió a “*la no aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros de los Pueblos Indígenas por actos de demanda social*” (Bachelet Jeria, 2013, p. 174).

Ahora bien, a pesar de dichas promesas y a pesar de que la Corte IDH ordenó en el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, una reforma legal de la Ley Antiterrorista, el Gobierno de Bachelet no realizó ninguna modificación normativa. Y no sólo eso, sino que, además, más de 4 años después de la condena del Estado chileno por parte de la Corte IDH, las autoridades chilenas siguieron aplicando la Ley Antiterrorista en contra de personas *mapuche* en circunstancias similares a los casos analizados por la propia Corte IDH.

En 2018, Amnistía Internacional elaboró un Informe a raíz de la observación de dos causas judiciales acontecidas durante el Gobierno de Bachelet, en las cuales se aplicó la Ley Antiterrorista

en contra de personas del pueblo *mapuche* en 2017 y 2018, por hechos presuntamente conectados con sus reivindicaciones territoriales. Éstos fueron los casos “Luchsinger-Mackay”⁸³ e “Iglesia”⁸⁴.

En ambos casos, Amnistía Internacional observó cómo se hizo uso de testigos con identidad reservada. Asimismo, también observó que en ambas causas judiciales hubo secreto prolongado de la investigación y la utilización inapropiada de la prisión preventiva. Además de todo ello, también hubo hostigamiento de testigos y defensores, y se utilizaron pruebas que, a pesar de haber sido denunciadas como ilegales por los imputados, no fueron investigadas (Amnistía Internacional, 2018).

Estos dos últimos elementos denotan la estigmatización del pueblo *mapuche* y la reivindicación de su causa. Con todo ello, no sólo se vulnera el principio de presunción de inocencia, sino que, además, se muestra una clara discriminación estructural en contra del pueblo *mapuche*.

83 En la madrugada del 4 de enero de 2013, un número indeterminado de personas atacaron el Fundo Granja Lumahue, habitado por Werner Luchsinger y Vivian Mackay, un matrimonio de adultos mayores que se encontraban dentro de la casa. Los atacantes realizaron una serie de disparos y luego prendieron fuego a la casa, lo que provocó la muerte del matrimonio Luchsinger-Mackay por carbonización. En el lugar se encontraron panfletos que hacían alusión a la causa *mapuche* y a la muerte de Matías Catrileo, joven *mapuche* que falleció por un disparo de carabineros en la misma fecha en 2008.

En 2014 el machi Celestino Córdova Tránsito fue llevado a juicio bajo la Ley Antiterrorista y condenado por incendio con resultado de muerte con carácter común. Las autoridades judiciales desestimaron el cargo de terrorismo, pero todo el proceso fue dirigido bajo las excepciones procesales que permite la Ley Antiterrorista. En 2016, once personas más fueron detenidas y llevadas a juicio en octubre de 2017, nuevamente bajo la aplicación de la Ley Antiterrorista. En octubre de 2017, el tribunal absolvió a los 11 imputados, pero la Fiscalía y los querellantes solicitaron la nulidad del juicio, concedida por la Corte de Apelaciones de Temuco, razón por la cual el juicio se repitió en marzo y abril de 2018. En esta ocasión, el tribunal absolvió a ocho de los imputados, y condenó a tres de ellos por el delito de incendio con resultado de muerte, con carácter “terrorista”. Dos de ellos -José Tralcal Coche y Luis Tralcal Quidel- fueron sentenciados a prisión perpetua, y el tercero, que operó como “delator compensado” -José Peralino Huinca-, recibió una sentencia de 5 años, que fue sustituida por libertad vigilada. Las defensas solicitaron la nulidad del juicio con respecto a las condenas, la cual todavía se encuentra en trámite (Amnistía Internacional, 2018).

84 El 9 de junio de 2016, cerca de las 21.15 horas, mientras se desarrollaba un culto religioso con la participación de personas adultas y niños/as en la Iglesia Evangélica del Señor, en la comuna de Padre Las Casas; un grupo de sujetos con rostros cubiertos y armados ingresó al templo y, mediante amenazas y disparos, obligó a los presentes a salir del recinto. Posteriormente prendió fuego a la iglesia, lo que causó su total destrucción. No hubo personas fallecidas ni lesionadas, puesto que todas pudieron salir del templo antes del inicio del incendio. En el lugar se encontraron panfletos que hacían alusión a la causa *mapuche* y exigían la libertad de la machi Francisca Linconao, una de las imputadas en el juicio “Luchsinger-Mackay”. Esa misma noche se detuvo a cuatro personas, que fueron llevadas a juicio en marzo y abril de 2018. Dos años más tarde, en abril de 2018, el tribunal absolvió a dos de los imputados -Alfredo Tralcal Coche y Ariel Trangol Galindo- y condenó a las otras dos personas -Benito y Pablo Trangol Galindo- a 10 años de cárcel por el delito de incendio en lugar habitado con carácter común, desestimando la solicitud de la Fiscalía de calificar los hechos de acorde a la Ley Antiterrorista. Las defensas de los dos condenados solicitaron la nulidad del juicio, la cual también se encuentra todavía en trámite (Amnistía Internacional, 2018).

Es importante recordar que la Corte IDH ya se había pronunciado, en el Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, sobre la discriminación del pueblo *mapuche* por parte del Estado chileno por medio de la aplicación indiscriminada de la Ley Antiterrorista. Así, la Corte IDH sostuvo que en los procesos judiciales que había analizado existían alusiones como, por ejemplo, que los hechos sucedieron en el contexto de reivindicaciones territoriales *mapuche* y que algunos de los imputados pertenecían a esas “organizaciones violentistas”. Al respecto, la Corte determinó que *“la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 228).

Con todo ello, puede determinarse que la Ley Antiterrorista ha sido utilizada como un mecanismo de criminalización del pueblo *mapuche* y sus líderes, así como medio de estigmatización de la demanda *mapuche*. Es fundamental que, en un Estado democrático, todos los procesos judiciales que se lleven a cabo respeten las garantías de un juicio justo, así como que los mismos tengan como fin último buscar la verdad de los hechos y asegurar que los sujetos responsables sean sancionables de acuerdo con la penalidad fijada por la ley, en lugar de usar el sistema penal de forma discriminatoria y basada en estereotipos.

7. CAPÍTULO 7. ANÁLISIS Y RESULTADOS

A raíz de todo lo expuesto en el presente trabajo, llegamos al resultado que el Gobierno de Michelle Bachelet no dejó ningún legado en materia de derechos indígenas. Las propuestas formuladas en su Programa de Gobierno generaron expectativas del inicio de una política de Estado pertinente para los pueblos originarios, sin embargo, ninguna de ellas terminó siendo concretada.

Bachelet reconoció en su Programa de Gobierno la debilidad gubernamental en el diseño y ejecución de una política indígena, así como la existencia de represión y violencia hacia los pueblos indígenas, haciendo especial mención a la aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros de los pueblos originarios por actos de demanda social. Asimismo, la entonces Presidenta también reconoció que la legislación chilena no seguía los estándares fijados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La falta de concreción de todas las propuestas legislativas e institucionales que fueron formuladas al inicio del mandato legislativo debe atenerse a la falta de voluntad política por parte de las autoridades, las cuales partieron de un diagnóstico que no abordó las causas profundas del conflicto que se vive en la Araucanía, sino que se centró en elementos meramente superficiales. Un ejemplo de ello es el Plan Especial Araucanía, en el que el Estado chileno se limitó a encarar la demanda de los pueblos indígenas como un asunto sectorial que se resuelve por la vía productiva, el mejoramiento de las condiciones de la población y el reconocimiento de las “culturas indígenas”. El Plan Especial Araucanía muestra este accionar del Gobierno en relación con el conflicto *mapuche*, que consiste en la implementación de políticas de desarrollo productivo, dejando de lado las dos cuestiones que se encuentran en la raíz del conflicto: el territorio y la autodeterminación.

Todos los proyectos presentados por el Gobierno de Bachelet presentan un conjunto de soluciones banales respecto el problema que se vive en la Araucanía. Así, el proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas plantea el Consejo de Pueblos Indígenas como un organismo eminentemente asesor y de carácter consultivo. Otro ejemplo lo encontramos en el Plan de Acción Nacional, el cual no cumple con la obligación del Estado chileno de protección de los derechos humanos, contraviniéndose así lo estipulado tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, como en los Principios Rectores de Naciones Unidas.

Por su parte, en la propuesta de reforma del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el documento final sometido a consulta pública no contuvo ninguna de las cinco recomendaciones formuladas por la Comisión Asesora Presidencial, las cuales acercaban el RSEIA a las exigencias del Convenio N° 169 de la OIT. No menos importante es el proyecto de reforma constitucional, el cual se limitó a reconocer los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas, dejando de lado aspectos como el reconocimiento de territorios ancestrales, la plurinacionalidad y el derecho a la autodeterminación de los pueblos originarios. A día de hoy, el Estado chileno todavía no reconoce su plurinacionalidad, marcando una notable diferencia con otros países de América Latina como Paraguay, Ecuador y Bolivia, que al reconocerla contribuyeron a mejorar sus democracias con la perspectiva originaria.

No sólo se recogieron las demandas del pueblo *mapuche* con poca claridad, sino que, además, todos los proyectos de Ley formulados siguen en trámite ante el Congreso. La gestión llevada a cabo por el Gobierno de Bachelet muestra la ausencia en Chile de una izquierda fuerte que se solidarice activamente con los pueblos originarios, y que toma las demandas de los mismos desde una perspectiva puramente asistencialista.

Es criticable el hecho de que no se formulara una propuesta de reforma de la Ley de Desarrollo Indígena, ley que data del 1993. Por medio de la misma sigue sin reconocerse el carácter de “pueblos” a los pueblos originarios, los cuales son identificados como “etnias”. Dicha ley se encuentra obsoleta, pues la misma no sirve para proteger los derechos de los pueblos indígenas, los cuales siguen siendo vulnerados por medio de la materialización de los proyectos de inversión pública. De hecho, se expuso el Caso Ralco como ejemplo de la incapacidad de la Ley Indígena para proteger las tierras indígenas.

La regulación vigente en Chile vulnera los estándares internacionales en materia de derechos humanos recogidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración y Programa de Acción de Viena, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Concretamente, vulnera los derechos a la propiedad, al medio ambiente, al agua, a la participación y a la consulta de pueblos indígenas. Y no sólo eso, sino que, además, también vulnera el derecho a un juicio justo, el derecho a la libertad, el derecho a recurrir el fallo, el derecho a la

defensa y el derecho a la no discriminación. Estos últimos tienen que ver con la aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo *mapuche*, la cual fue aplicada por el Estado chileno para neutralizar y terminar con el movimiento *mapuche*.

La Ley Antiterrorista apunta a crear un miedo hacia las reivindicaciones sociales con el fin de mantener un orden social. Concretamente, la aplicación de la misma obedece al objetivo político de causar temor en el pueblo *mapuche*, en sus militantes, simpatizantes y líderes.

La aplicación de la Ley Antiterrorista en el procesamiento de presos políticos *mapuche* implica arbitrariedades, falta de garantías y violaciones al debido proceso, tales como el secreto de investigación durante casi todo el proceso, que impide el derecho de defensa; la prisión preventiva extensa, la cual para la mayoría de los imputados *mapuche* duró más de un año, no respetándose así la presunción de inocencia; y el uso de testigos “sin rostro”, esto es, testigos que no se sabe si son reales o insertados, o si tienen alguna animadversión en contra de los imputados, muchos de los cuales han sido instrumentalizados por la policía y los fiscales, tal y como denunciaron distintos organismos internacionales, como Amnistía Internacional.

Todo ello genera que la aplicación de la Ley Antiterrorista contra miembros *mapuche* se convierta en un acto de discriminación. La concepción de terrorismo fundada en “causar temor” es extremadamente subjetiva. Si fuera por eso, entonces estudiantes, trabajadores y cualquier movilización social en Chile deberían ser sancionados. No obstante, los mismos hechos, si se producen en territorio *mapuche*, son terroristas. Por lo tanto, existe una aplicación de justicia de forma no igualitaria. Un sistema democrático debe distinguir entre una protesta social, aun si se recurre a la violencia, y hechos que pueden ser catalogados como terroristas.

Las actuales injusticias que vive el pueblo *mapuche* ponen en evidencia la fuerza coercitiva que tiene el Estado chileno, lo cual no dista mucho de la invasión del Imperio Español. La única diferencia es que en la actualidad se les impone el calificativo de “terroristas” por el hecho de reivindicarse a favor de su autonomía y autodeterminación. El uso de la Ley Antiterrorista respecto a la *mapuche* muestra el desarrollo por parte del Estado chileno de una Doctrina de Seguridad Nacional, consistente en aplicar fuerza estatal y judicial para aplacar una demanda social como lo es la demanda *mapuche*. Mientras los gobiernos de otros países han pedido perdón por los abusos cometidos históricamente hacia los pueblos originarios, Chile ha optado por calificarlos de terroristas.

Las demandas *mapuches* no son terroristas, sino que se encuentran respaldadas por tratados internacionales. El pronunciamiento de numerosos organismos internacionales al respecto, como la Comisión IDH, Amnistía Internacional y expertos de las Naciones Unidas, denotan la visión internacional del conflicto que se vive actualmente en la Araucanía. Especial importancia tiene la sentencia de la Corte IDH -el caso “Norín Catrimán y otros vs. Chile”- por medio de la cual se condenó al Estado chileno por la aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo *mapuche*. En ella, la Corte IDH hizo manifiesto de la violación del principio de legalidad, la dilación de las garantías procesales -como el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial-, y la violación del derecho a recurrir el fallo. El pronunciamiento de la Corte IDH muestra cómo el conflicto *mapuche*, más allá de ser un conflicto interno, se ha convertido en un conflicto internacional. Así pues, la vulneración constante de las garantías y derechos de un pueblo originario ha suscitado el interés y preocupación de importantes organismos internacionales, culminando con una condena internacional.

Es importante que se solucionen políticamente las diferencias entre el gobierno chileno y el pueblo *mapuche*. Para un diálogo real, es necesario terminar en primer lugar con la violencia y, por lo tanto, con la aplicación de la Ley Antiterrorista. Por otro lado, hay que terminar con la pobreza ocasionada por la expropiación de tierras. Para ello, es necesaria la efectiva restitución de los territorios. Asimismo, deben reintegrarse los derechos colectivos políticos, económicos y culturales.

Es necesario una reestructuración de la arquitectura del Estado y no una simple modificación a un departamento social, o la creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas. Debe empezarse por reconocerse a los pueblos originarios, pues Chile es un país plurinacional. El Estado chileno debe crear instituciones e instrumentos que permitan no sólo la participación política de los pueblos originarios en el Estado, sino también un estatuto de autonomía territorial indígena. Hasta que no se efectúen cambios de base, hasta que las autoridades no aborden las causas profundas del conflicto que se vive en la Araucanía, el mismo no dejará de existir.

8. CONCLUSIONES

- El segundo Gobierno de Michelle Bachelet no fue capaz de presentar un solo proyecto de Ley que ayude a mitigar el conflicto *mapuche*. Ninguna de las propuestas formuladas fue a la raíz del problema contuvo cambios sustanciales.
- La regulación vigente en Chile en materia de pueblos indígenas vulnera los estándares internacionales en materia de derechos humanos recogidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración y Programa de Acción de Viena, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Dicha contravención de numerosos tratados internacionales suscritos por el Estado chileno, así como a la condena de la Ley Antiterrorista chilena por parte de la Corte IDH, y los informes la Comisión IDH y Naciones Unidas; denotan que el conflicto *mapuche*, más allá de ser un conflicto nacional, se ha convertido en un conflicto con visión internacional.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1. Referencias

Akhtar, Zia (2013): Mapuche Land Claims: Environmental Protest, Legal Discrimination and Customary Rights, *International Journal on Minority and Group Rights*, 20, 551-576.

Álvarez, Rocío y Hernández Eileen (2017): Contrapuntos sobre el Plan Especial Araucanía. *Diario Constitucional*. Recuperado de: <https://www.diarioconstitucional.cl/contrapuntos/contrapunto-sobre-el-plan-especial-araucania-2/>

Amnistía Internacional (2018): *Pre-juicios injustos: criminalización del pueblo mapuche a través de la Ley “Antiterrorista” en Chile*. Recuperado de: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR2288622018SPANISH.PDF>

Arias Vega, Andrea (2018): La Conadi ha comprado 241 mil 755 hectáreas para comunidades en la zona sur en 22 años. *Corparaucanía*. Recuperado de: <http://www.corparaucania.cl/encuentros/wp-content/uploads/2018/04/Diario-Austral-de-La-Araucan%C3%ADa-27.04.2018.pdf>

Aylwin, José O. (2000): Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas, *Perspectivas*, 3 (2), 277-300. Recuperado de la base de datos del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile.

Aylwin, José O. (2002): *Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una perspectiva histórico-jurídica*. Temuco, Chile: Instituto de Estudios Indígenas.

Aylwin, José O. (2004): *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*. Temuco, Chile: Instituto de Estudios Indígenas.

Aylwin, José O. (2005): *Pueblos indígenas de Chile. Antecedentes históricos y situación actual*. Recuperado de: https://www.archivochile.com/Pueblos_originarios/hist_doc_gen/POdocgen0004.pdf

- Aylwin, José y Arce, Lorena (2018). A un año del Plan de Acción Nacional de DDHH y empresas. *El mostrador*. Recuperado de: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/09/01/a-un-ano-del-plan-de-accion-nacional-de-ddhh-y-empresas/>
- Aylwin, José; Didier, Marcel y Guerra, Felipe (2019): Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas: análisis crítico desde la sociedad civil, *Observatorio Ciudadano*. Recuperado de: https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2019/06/interior-pan-empresas_y-derechos-humanos-imprenta.pdf
- Bachelet Jeria, Michelle (2013) *Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018 “Chile de Todos*. Recuperado de: <http://www.subdere.gov.cl/sala-de-prensa/programa-de-gobierno-michelle-bachelet-2014-2018-2>
- Bachelet Jeria, Michelle (2014). *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal: Mensaje N° 755-362*. Recuperado de: https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9692-07
- Bachelet Jeria, Michelle (2016a). *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas: Mensaje N° 1594-363*. Recuperado de: <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/index.php/mensaje-que-inicia-proyecto-de-ley-que-crea-el-consejo-nacional-y-los-consejos-de-pueblos-indigenas>
- Bachelet Jeria, Michelle (2016b). *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas: Mensaje N° 059-364*. Recuperado de: <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/index.php/mensaje-con-el-que-inicia-proyecto-de-ley-que-crea-el-ministerio-de-pueblos-indigenas>
- Bachelet Jeria, Michelle (2017a). *Declaración de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, al recibir el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial de la Araucanía*. Recuperado de: <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica/b/1/c/>

b1c255939c5dbf9d0e6c4e50b9aa255e529f98c538bf1c1f4892638966a8042c/

[PR DPP PRE DIS 1425.pdf](#)

Bachelet Jeria, Michelle (2017b). *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley que crea el Plan Especial de Inversiones para el Desarrollo Regional y Territorial de la Región de la Araucanía: Mensaje N° 150-365*. Recuperado de: <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/index.php/mensaje-que-crea-el-plan-especial-de-inversiones-para-el-desarrollo-regional-y-territorial-de-la-region-de-la-araucania>

Bachelet Jeria, Michelle (2018). *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de reforma constitucional para modificar la Constitución de la República: Mensaje N° 407-365*. Recuperado de: <https://svconstitucional.senado.cl/assets/documentos/mensaje.pdf>

Bengoa, José (1985): *Historia del Pueblo Mapuche (Siglo XIX y XX)*. Santiago de Chile, Chile: SUR Ediciones.

Bengoa, José (2010): *Los Mapuches: historia, cultura y conflicto*. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/cal/118>

Cabrera, Francisco (2018): *Modificación del SEIA: una historia repetida sobre a quién beneficiar y perjudicar. El Mostrador*. Recuperado en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/06/13/modificacion-del-seia-una-historia-repetida-sobre-a-quien-beneficiar-y-perjudicar/>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2012): *Desigualdades territoriales y exclusión social del pueblo mapuche en Chile. Situación en la comuna de Ercilla desde un enfoque de derechos*. Santiago de Chile, Chile: Naciones Unidas.

Chile. Instituto Nacional de Estadísticas (1992): *Ciudades, pueblos y aldeas: Censo 1992*. Recuperado de: https://www.ine.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/antecedentes/censo1992.pdf?sfvrsn=1f42f2c4_4

- Chile. Ministerio de Desarrollo Social (2017). *Informe Final. Sistematización Proceso de Consulta Constituyente Indígena*. Recuperado de: https://www.icsoc.cl/wp-content/uploads/2017/05/Sistematizacion_Proceso_PCI.pdf
- Chile. Ministerio del Medio Ambiente (2016a): Comisión Asesora Presidencial entrega 25 propuestas para reformar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Recuperado de la Biblioteca Digital Ministerio del Medio Ambiente: <https://mma.gob.cl/comision-asesora-presidencial-entrega-25-propuestas-para-reformar-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental/>
- Chile. Ministerio del Medio Ambiente (2016b): *Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA*. Recuperado de: https://sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/10/35877_informe-mmef_final.pdf
- Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores (2017): *Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile*. Recuperado de: https://minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20171109/asocfile/20171109170236/plan_de_accion_nacional_de_ddhh_y_empresas.pdf
- Chile. Senado de la República de Chile (2017): *El conflicto mapuche: ineffectividad y legitimidad precaria de la Ley Antiterrorista*. Recuperado de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiOxcCri5TtAhV7aRUIHZvMCdQQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Fwww.senado.cl%2Fappsenado%2Findex.php%3Fmo%3Dtransparencia%26ac%3DdoctoInformeAsesoria%26id%3D6680&usg=AOvVaw0JHifso2zt6r-l5PSBPGrc>
- Comisión Asesora Presidencial de la Araucana (2017): *Informe*. Recuperado de: https://prensa.presidencia.cl/lfi-content/otras/informes-comisiones/Informe_AP_Final.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2002): *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_01.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010): *Informe de fondo N° 176/10*. Recuperado de: <https://summa.cejil.org/es/entity/a0k1ffqg35k9ggtgxu07ldi?page=2>

Comité de Derechos Humanos (2014): *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*. Recuperado de: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsr2bAznTIrtkyo4FUNHETCS4CUx8g3B3AZaMwtz3NI74cyF1rLUXxHhwjIb0TmBLYKnL%2BF6k2QSvdR1ohbMruXmr4Jwk0XThwW83i1JpSOBS>

Correa Cabrera, Martín y Mella Seguel, Eduardo (2009): *El territorio mapuche de Malleco: las razones del Illkun*. Recuperado de: https://www.iwgia.org/images/publications/0273_LAS_RAZONES_DEL_INKULL.pdf

Figueroa Huencho, Verónica (2019). La falla en la política indígena es estructural. *Universidad de Chile*. Recuperado de: <https://www.uchile.cl/noticias/153453/prof-figueroa-falla-en-politica-indigena-en-chile-es-estructural>

Fuenzalida Bascuñán, Sergio (2003): *El caso de la Central Hidroeléctrica Ralco: atropello e incumplimiento de la ley y denegación de justicia*. Recuperado de: <https://omal.info/IMG/pdf/dc73.pdf>

Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2016). *Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre Empresas y los Derechos Humanos*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/documents/issues/Business/UnWg_nAPguidance_sP.pdf

Instituto Nacional de Derechos Humanos [INDH] (2014a): *Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos*. Recuperado de: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/655/Informe%20Ley%20Antiterrorista.pdf?sequence=1>

Instituto Nacional de Derechos Humanos [INDH] (2014b): *Informe sobre el proyecto de ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal*. Recuperado de:

<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/738/Informe.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Instituto Nacional de Derechos Humanos [INDH] (2015): *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile 2015*. Recuperado de: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/875>

Instituto Nacional de Derechos Humanos [INDH] (2017): *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile 2017*. Recuperado de: https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/12/01_Informe-Anual-2017.pdf

Instituto Nacional de Derechos Humanos [INDH] (2018): *Informe sobre el proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas. Boletín N° 10687-06*. Recuperado de: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1176>

León, Pilar (2019). Ministerio Indígena sigue esperando las indicaciones del Gobierno. *Diario y Radio U Chile*. Recuperado de: <https://radio.uchile.cl/2019/01/26/ministerio-indigena-sigue-esperando-las-indicaciones-del-gobierno/>

Meza-Lopehandía, Matías (2016): *Proyecto que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas: derecho internacional y análisis legal*, Recuperado de: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23370/1/FINAL%20-%20Análisis%20Proyecto%20Ministerio%20de%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas.pdf>

Medio Ambiente inicia consulta pública para la modificación del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2017), *Fundación Terram*. Recuperado de: <https://www.terram.cl/2017/11/medio-ambiente-inicia-consulta-publica-para-la-modificacion-del-reglamento-del-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental/>

Naciones Unidas (2011a): *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_sp.pdf

Naciones Unidas (2011b): *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Sr. Olivier De Schutter, Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Food/A.HRC.19.59.Add.5_SP.pdf

Naciones Unidas (2015a): *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio de los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10160.pdf>

Naciones Unidas (2015b): *Promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10390.pdf>

Naciones Unidas (2017): Expertos de la ONU urgen a Chile no usar la Ley Antiterrorista contra indígenas mapuche. Recuperado de la Biblioteca Digital de las Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22209&LangID=S>

Naciones Unidas (2020). *Planes de Acción Nacionales*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>

Palma, Karina (2017). Mapuches deslegitiman el Plan Araucanía del Gobierno. *Universidad de Chile*. Recuperado de: <https://radio.uchile.cl/2017/06/22/mapuches-deslegitiman-el-plan-araucania-del-gobierno/>

Piñera, Sebastián (2009) *Programa de Gobierno Sebastián Piñera 2010-2014 “Programa de Gobierno para el cambio, el futuro y la esperanza”*. Recuperado de: http://200.6.99.248/~bru487cl/files/Programa_de_Gobierno_2010.pdf

Servicio de Evaluación Ambiental (2017a): *Consulta Pública “Modificaciones Reglamento SEIA”*. Recuperado de: <https://www.sea.gob.cl/consulta-publica-modificaciones-reglamento-seia>

Servicio de Evaluación Ambiental (2017b). *Proceso de Consulta Pública de Decreto que aprueba modificaciones al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*.

Recuperado de: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/10/25/modificacion_reglamento_seia_en_consultav1.pdf

Toledo, Víctor (2005): *Pueblo mapuche, derechos colectivos y territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática*. Santiago de Chile, Chile: LOM Ediciones.

9.2. Textos normativos

Chile. Congreso Nacional (1866). Ley S/N sobre Fundación de poblaciones en el territorio de los indígenas. Diario Oficial de la República de Chile. Chile.

Chile. Congreso Nacional (1980). Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Chile: Congreso Nacional de Chile, 21 de octubre de 1980.

Chile. Congreso Nacional (1984). Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad. Diario Oficial de la República de Chile. Chile.

Chile. Congreso Nacional (1993). Ley N° 19.253 que establece normas de Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Diario Oficial de la República de Chile. Chile.

Chile. Congreso Nacional (1994). Ley N° 19.300 que aprueba la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Diario Oficial de la República de Chile. Chile.

Chile. Congreso Nacional (2000). Ley N° 19.696 que establece el Código Procesal Penal. Diario Oficial de la República de Chile. Chile.

Chile. Poder Ejecutivo (2012). Decreto Supremo N° 1.185 que crea la Comisión Asesora Presidencial de la Araucanía. Chile.

Chile. Poder Ejecutivo (2013). Decreto Supremo N° 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Chile.

- Chile. Poder Ejecutivo (2014). Proyecto de Ley que determina conductas terroristas y su penalidad y modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal, Boletín N° 9692-97. Chile,
- Chile. Poder Ejecutivo (2016a). Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas, Boletín N° 10687-06. Chile.
- Chile. Poder Ejecutivo (2016b). Proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas, Boletín N° 10526-06. Chile.
- Chile. Poder Ejecutivo (2017). Proyecto de Ley que crea el Plan Especial de Inversiones para el Desarrollo Regional y Territorial de la Región de la Araucanía, Boletín N° 11469-06. Chile.
- Chile. Poder Ejecutivo (2018). Proyecto de Ley para modificar la Constitución Política de la República, Boletín N° 11617-07. Chile.
- Naciones Unidas (1945). Carta de las Naciones Unidas. Recuperado de: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf
- Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf
- Naciones Unidas (1960). Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución N°1514 (XV). Recuperado de: <https://www.dipublico.org/doc/instrumentos/107.pdf>
- Naciones Unidas (1976a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- Naciones Unidas (1976b). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf
- Naciones Unidas (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena, Resolución N° Resolución 217 A (III). Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

Naciones Unidas (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Resolución N° 61/295. Recuperado de: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Organización de los Estados Americanos (1978). Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) N° 4535. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Organización de los Estados Americanos (2003). Convención Interamericana contra el Terrorismo, Resolución N° 1840. Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_terror.pdf

Organización Internacional del Trabajo (1991). Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

9.3. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (2014). Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas). Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf