



ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS Y EL PUEBLO MAPUCHE

Amnistía Internacional
Documento Público
Marzo 2013

El presente informe no busca realizar un análisis exhaustivo de la situación del pueblo Mapuche en Chile, ni denunciar situaciones particulares. Su objetivo es ofrecer una guía clara de los principales aspectos de derechos humanos que Amnistía Internacional considera debieran estar al centro del debate y la búsqueda de soluciones del conflicto existente en la región de la Araucanía y que actualmente y en el futuro, el Estado de Chile debe tener en consideración en cualquier medida o solución que se proponga.

Información de contexto

El pueblo Mapuche es un pueblo originario americano que habita el sur de Chile y el suroeste de Argentina. A la llegada de los conquistadores españoles en el siglo XVI, habitaban entre el valle del Aconcagua y el centro de la isla de Chiloé, en el actual territorio chileno.

El conflicto con los Mapuche en la defensa de sus tierras ha persistido durante toda la historia de Chile, habiendo visto reducido progresivamente los territorios ancestrales que les son reconocidos como propios por el Estado de Chile. Esto se terminó de profundizar durante el régimen militar de Augusto Pinochet, siendo los Mapuche además víctimas de desaparición y tortura en muchos casos. Los gobiernos democráticos que siguieron han adoptado diversas medidas, ninguna de las cuales ha permitido resolver de manera más definitiva el conflicto. Los pueblos indígenas en general, y los mapuche en particular, continúan reclamando sus territorios mediante diversos actos de protesta, tales como las llamadas “ocupaciones productivas”¹ y más recientemente, la posibilidad de crear un gobierno autónomo².

Hasta el día de hoy este conflicto ha estado permeado por la violencia. Por una parte, han ocurrido en diversas ocasiones atentados, especialmente incendiarios, en la zona, dirigidos frecuentemente contra personas o empresas que actualmente utilizan territorios considerados ancestrales por las comunidades mapuche. Por otra parte, las comunidades mapuche han denunciado reiteradamente un uso excesivo de la fuerza por parte de funcionarios policiales, en algunas ocasiones con resultado de muerte, en el contexto del control de manifestaciones y de allanamientos desarrollados para realizar detenciones o recabar pruebas relacionadas con investigaciones criminales.

Las complejidades del conflicto se revelaron y ejemplificaron una vez más con los acontecimientos sucedidos a partir de enero 2013. El 4 de enero de 2013, un grupo de desconocidos atacó la casa del matrimonio compuesto por Werner Luchsinger y Vivian MacKay, y le prendieron fuego. Ambos fallecieron como consecuencia del incendio. El atentado se produjo al día siguiente del aniversario de la muerte de Matías Catrileo, joven mapuche que murió por un impacto de bala de Carabineros, en un predio de propiedad de familiares del Sr. Luchsinger³. El gobierno inmediatamente presentó una querrela por el caso del incendio y muerte del matrimonio Luchsinger-MacKay, en virtud de la Ley Antiterrorista, y anunció siete medidas para mantener la seguridad en la zona, todas vinculadas con la persecución criminal y el aumento de presencia policial⁴. Paralelamente, hubo nuevas denuncias de allanamientos violentos por parte de efectivos del orden en comunidades mapuche de la comuna de Ercilla y en las detenciones asociadas al delito⁵.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) emitió el mismo día 4 de enero una declaración repudiando el incidente y cuestionando el uso de la ley antiterrorista para el caso⁶, al igual que diversas

organizaciones locales de derechos humanos⁷. Posteriormente, varias organizaciones indígenas anunciaron una Cumbre Mapuche para el 16 de enero de 2013 en el cerro Ñielol de Temuco, a la que invitaron al presidente Sebastián Piñera para tratar el conflicto en la región. El Presidente no asistió, y representantes del gobierno participaron exclusivamente en calidad de “observadores”. Este evento fue evaluado como un éxito por los organizadores y concluyó con un plan de diez puntos, el primero de los cuales es el inicio de un diálogo con el gobierno⁸.

El 21 de enero de 2013, el Presidente Sebastián Piñera anunció que se le dará urgencia a la tramitación del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile⁹. A fines de enero, el Gobierno presentó un programa con tres medidas, luego de firmar acuerdos con casi la totalidad de los catorce parlamentarios de esta región, que consistirían en tres proyectos de ley: el establecimiento por ley de los mecanismos de consulta que se exigen en virtud del Convenio 169 de la OIT; la creación del Consejo de Pueblos, para que los pueblos indígenas puedan elegir sus representantes, tener institucionalidad y participar dentro de la institucionalidad del país, y una “Ley Araucanía”, que buscaría garantizar en el largo plazo los recursos para ir generando condiciones económicas, sociales, hospitalarias, que permitan que la zona pueda ir igualándose a otras zonas del país. Al momento de redacción de este documento, estos proyectos de ley aún no han sido presentados al Congreso, por lo que no se conoce su texto completo. Sin embargo, diversos voceros mapuche han criticado las propuestas por considerarlas “medidas unilaterales” que en su mayor parte no incorporan las propuestas de la llamada “Cumbre de Ñielol”¹⁰. A la fecha no han existido anuncios específicos por parte del gobierno vinculados con eventuales investigaciones de las denuncias de violencia policial en las comunidades mapuche.

Esta sucesión de hechos – atentados, denuncias de violencia policial, utilización de la ley antiterrorista, anuncio de medidas por parte del gobierno, críticas por parte de las comunidades – se ha producido en reiteradas ocasiones en el pasado. En este contexto, para Amnistía Internacional es fundamental destacar que en toda la enorme gama de soluciones que pueden proponerse para resolver el conflicto y detener la violencia en la región de la Araucanía, hay un aspecto que debe exigirse sin excepciones: el respeto y protección de los derechos humanos de todas las personas involucradas.

Normas de derechos humanos

Los derechos humanos, establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, constituyen una obligación para el Estado de Chile. En específico, Chile ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169), que constituye un tratado vinculante para los Estados que lo ratifican.

Además, Chile votó a favor – y más aún, tuvo un rol clave de liderazgo en las negociaciones – de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Declaración de Naciones Unidas) sobre la materia, que especifican los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y tribales. Esta Declaración es de especial importancia, pues es el resultado de veinte años de negociaciones en la ONU entre pueblos indígenas y delegados de los Estados, y ha sido adoptada por 144 países en todo el mundo.

Todos los agentes del Estado, en sus tres poderes, tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos en general y los derechos de los pueblos indígenas en particular. Combatir la violencia, la delincuencia e incluso el terrorismo, si lo hubiera, también exige el respeto y protección de los derechos humanos. Éstos son una obligación internacional para el Estado de Chile, que constituye el piso mínimo que todo Estado debe respetar en el diseño de cualquier legislación, política o programa¹¹, entendiendo que no puede haber verdadera seguridad para las personas sin respeto a sus derechos humanos.

Los derechos humanos son íntegramente aplicables a todos los seres humanos y cualquier medida que se adopte respecto de pueblos indígenas de Chile debe partir de la base del pleno respeto y protección de estos derechos. Como señala el artículo 1 de la Declaración de Naciones Unidas, los indígenas tienen derecho, como pueblos o individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en las normas internacionales de derechos humanos.

La marginalización histórica que han sufrido los pueblos indígenas en Chile deja una herencia dolorosa que aún está pendiente de subsanar. En este sentido, es fundamental que las políticas que se adopten no sean meramente asistencialistas y/o de resguardo de la seguridad pública, sino que se basen en el reconocimiento de los patrones persistentes de exclusión política, marginación social, explotación económica y discriminación cultural de los pueblos indígenas, así como también en la aceptación de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y los derechos humanos en general.

Como elemento transversal a toda medida que se adopte en relación con las personas mapuche, debe respetarse en todo momento el principio general de igualdad de derechos y no discriminación¹².

Más aún, la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación, vigente en Chile, protege de discriminación arbitraria a todas las personas en razón de su raza o etnia, entre otras categorías¹³, y establece la obligación de los órganos del Estado de elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹⁴.

La igualdad en el reconocimiento y acceso a todos los derechos humanos debe ser la base de todo el debate. Las desigualdades estructurales que llevaron históricamente a la enajenación de los derechos y dignidad humana de los Pueblos Indígenas están profundamente enraizadas en la sociedad contemporánea y sus efectos siguen existiendo y determinando las vidas de los pueblos indígenas¹⁵. En casos como estos, el Estado tiene que hacer un esfuerzo extra para garantizar la igualdad en el acceso a derechos.

Lo que sigue se enfoca en tres aspectos de derechos humanos con mayor detalle: (1) la investigación de los delitos y el debido proceso para las personas imputadas; (2) el adecuado tratamiento de las denuncias de violencia policial y (3) la implementación de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Gran parte de estas preocupaciones ya han sido presentadas por Amnistía Internacional en la Carta Abierta enviada al Presidente Sebastián Piñera en marzo de 2012¹⁶, y en la Lista de Temas para revisión del Comité contra la Tortura en mayo de 2012¹⁷.

1. Investigación independiente e imparcial de los delitos y juicio justo para las personas imputadas

Los delitos presuntamente cometidos por personas de origen mapuche deben, al igual que para todas las personas independientemente de su origen, ser investigados y juzgados de manera independiente e imparcial, sancionando a quienes resulten responsables. Delitos tan graves como el asesinato del matrimonio Luchsinger MacKay no debieran en ningún caso quedar impunes, sea quien sea quien la persona que los haya cometido. Ahora bien, en estas investigaciones y juicios deben también respetarse los estándares internacionales de derechos humanos.

Imparcialidad de las investigaciones

Toda investigación que se realice debe hacerse de manera exhaustiva, independiente e imparcial, de manera tal que los responsables puedan ser llevados ante la justicia y juzgados de acuerdo a los principios de un debido proceso legal¹⁸.

En este sentido, es necesario resguardar la imparcialidad de las investigaciones, asegurando que no se lleven a cabo con un sesgo discriminatorio. La investigación debe explorar todas las posibles aristas del caso y analizar la evidencia de manera independiente e imparcial.

Debido proceso legal y pueblos indígenas

La normativa del debido proceso debe considerarse también en el juicio que se desarrolle, cualquiera sea el origen de la persona imputada, garantizándose, entre otras cosas, la presunción de inocencia, un adecuado derecho a la defensa y la independencia e imparcialidad de los jueces. La gravedad del delito y el hecho que la persona imputada sea mapuche, no puede justificar flexibilizar los principios internacionales del debido proceso judicial, basándose en el principio general de igualdad ante la ley¹⁹.

Además, tratándose de personas imputadas pertenecientes a pueblos indígenas, debe considerarse la normativa específica proveniente del Convenio 169, que establece que en la aplicación de la legislación nacional debiera tomarse en cuenta la costumbre de los pueblos indígenas²⁰, lo cual aplica también, específicamente, para la decisión de cuestiones penales²¹. El citado Convenio considera además que cuando se impongan sanciones penales deben tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas, y darse preferencia a sanciones diferentes al encarcelamiento²².

Utilización de la ley antiterrorista

Amnistía Internacional ha expresado en reiteradas ocasiones su preocupación respecto de la aplicación de la Ley Antiterrorista chilena a casos de personas vinculadas a los reclamos del pueblo mapuche, señalando en diversas oportunidades que la aplicación discriminatoria de esta ley en contra de personas mapuche, de comprobarse, sería inaceptable.

Adicionalmente, existe preocupación en relación a que la posibilidad que brinda la Ley Antiterrorista de permitir el anonimato de testigos en los juicios correspondientes requiere una actuación sumamente cuidadosa para asegurar que no incumple obligaciones de derechos humanos aplicables al juicio justo. El uso generalizado o indiscriminado de este mecanismo es contrario a las obligaciones internacionales del Estado. Las normas internacionales y su posterior interpretación permiten que en circunstancias excepcionales de serio riesgo para la integridad y seguridad de las personas, puedan adoptarse legítimamente medidas especiales de protección de testigos de cargo, ya sea, por ejemplo, limitando u obviando su identificación plena. Pero aún en ese supuesto, deben emplearse mecanismos que permitan a la defensa de la parte acusada contar con la información indispensable para llevar a cabo un interrogatorio apropiado y para proponer, de ser pertinente, testigos de descargo. El uso de testigos protegidos no puede implicar que la defensa se encuentre en desventaja frente a la acusación²³.

En definitiva, es esencial que en todo proceso judicial se respete el principio de igualdad de condiciones y medios procesales.

Esta preocupación ha sido compartida por diferentes órganos y expertos independientes de las Naciones Unidas, señalando además la necesidad de modificar la ley para precisar los delitos de terrorismo incluidos en ella. Estos mismos órganos y expertos recomendaron al gobierno que desista de aplicar la Ley Antiterrorista para procesar y condenar a personas acusadas de delitos cometidos en el contexto de la protesta social²⁴. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) revisó en 2011 un caso de aplicación de la Ley Antiterrorista, decidiendo enviar los antecedentes a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para su consideración, por estimar que su aplicación afectó el principio de legalidad, el debido proceso y el principio de no discriminación²⁵.

2. Adopción de medidas ante violencia policial

La presencia policial en las comunidades no parece haber contribuido a disminuir la violencia en la zona. Las propias comunidades hablan de una “militarización” de la zona²⁶, haciendo referencia a la constante presencia policial en sus comunidades, mediante Carabineros visible y fuertemente armados en las vías de acceso a las comunidades o a la presencia de helicópteros sobrevolando las comunidades.

Amnistía Internacional está constantemente recibiendo información con denuncias de violencia policial por parte de Carabineros a través de diversas redes y medios de comunicación locales, y a través de informes que han reportado casos en la zona, tanto en la disolución de manifestaciones como también

en allanamientos en las comunidades que formarían parte de una investigación policial²⁷. Durante 2012, Amnistía Internacional recibió información acerca de presuntos incidentes de violencia policial, especialmente en el contexto de allanamientos, a lo menos una vez al mes²⁸.

Entre las denuncias se encuentra el uso de carros lanzaaguas impactando en forma directa a las personas y dirigido en forma indiscriminada, el uso de gases lacrimógenos lanzados directamente a las personas o al interior de viviendas y el uso de balines de goma y metálicos; el ser víctimas de tortura y malos tratos durante los allanamientos, uso excesivo de la fuerza, detenciones arbitrarias e incluso robo de herramientas de trabajo, dinero y zapatos²⁹. Más aún, hemos recibido reportes de casos en que esto se ha producido sin exhibir una orden judicial y las comunidades señalan que cuando denuncian los hechos, éstos no son debidamente investigados y permanecen en la impunidad. A lo largo de los años estas situaciones han cobrado incluso víctimas fatales³⁰.

Las comunidades han señalado que la forma, frecuencia e intensidad de los allanamientos policiales los hace sentir sitiados, y que tendrían por único propósito intimidarlos por sus actividades de protesta y afectando a toda la comunidad reportándose especialmente los efectos que esta situación está teniendo en los y las niños y niñas que viven en las comunidades³¹. En una visita a la Araucanía, la Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos señaló que la acción policial en las comunidades, especialmente en los allanamientos, suele afectar a una comunidad más amplia que a las personas que son efectivamente sospechosas de cometer algún delito, lo cual puede ser visto como una práctica discriminatoria³².

Todas estas denuncias pueden estar dando cuenta de un patrón de uso indebido y desproporcionado de la fuerza y medios disuasivos, contraria a las normas internacionales de derechos humanos.

Recientemente, además, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus observaciones finales tras la revisión del Estado de Chile ante dicho comité, manifestó su preocupación ante el uso desproporcionado de la violencia por parte de la policía, incluyendo abuso sexual, en contra de mujeres manifestantes, haciendo mención específica al caso de mujeres mapuche. Menciona además su preocupación ante la ausencia de persecución y las fallas del Estado en proveer un adecuado acceso a la justicia en estos casos³³. En el mismo sentido, uno de los casos de personas mapuche fallecidas – el de la muerte de Alex Lemún – ha sido admitido en noviembre de 2012 para revisión ante la CIDH³⁴.

Para hacer frente a esto, es pertinente tener en consideración al menos dos aspectos: la investigación y eventual sanción de los hechos de violencia, y la capacitación de los funcionarios policiales.

En lo primero, resulta esencial que así como se toman medidas para investigar, juzgar y sancionar delitos presuntamente cometidos por personas mapuche, se tomen también medidas equivalentes para investigar de manera exhaustiva, independiente e imparcial cada una de las graves denuncias de violencia policial en contra de comunidades mapuche y que los responsables de dicha violencia sean llevados ante la justicia³⁵.

El Código de Justicia Militar chileno establece que los delitos comunes cometidos por Carabineros en acto de servicio o con ocasión de él, corresponden a la jurisdicción de la justicia militar³⁶. De acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁷, los juicios relacionados con actos de violencia policial debieran ser vistos ante la justicia ordinaria – no en justicia militar – de manera de asegurar la independencia e imparcialidad del mismo³⁸. Es necesario, por tanto, modificar las normas de competencia del Código de Justicia Militar limitándolo al caso de delitos propiamente militares, dando así total cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile en el caso Palamara Iribarne³⁹.

Finalmente, es necesario recordar que las fuerzas policiales actúan como agentes del Estado, por lo cual los hechos de violencia policial gatillan una responsabilidad directa del Estado de Chile de cara a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El deber de garantizar la seguridad de las personas por parte del Estado obviamente incluye también la obligación de velar por la seguridad de las personas indígenas, individualmente y también en cuanto a su derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos, sin ser sometidos a actos de violencia⁴⁰.

En lo segundo, resulta fundamental que todos los funcionarios policiales reciban adecuada capacitación en materia de estándares de derechos humanos y que los protocolos de actuación en los cuales se basen para ejecutar allanamientos, desalojos o control de manifestaciones tengan estos derechos en consideración⁴¹. Lamentablemente no resulta posible opinar acerca de la adecuación de los protocolos de Carabineros con los estándares internacionales de derechos humanos, puesto dichos protocolos no son conocidos y se ha negado su entrega cuando ha sido solicitada⁴². Adicionalmente, tratándose del caso específico en comunidades mapuche, resulta recomendable el otorgamiento de capacitación adicional en materia de derechos de los pueblos indígenas, de manera que no sean víctimas de trato discriminatorio y se tengan en consideración factores culturales⁴³.

Amnistía Internacional ha visto con preocupación que la respuesta del gobierno, cuando se les ha consultado por las medidas que adoptará en estas dos líneas, ha sido siempre señalar que esto no es competencia del Ministerio del Interior, puesto que éste sólo puede intervenir en asuntos y procesos administrativos de Carabineros, pero que los aspectos operativos están en manos de los propios Carabineros⁴⁴. Esta respuesta resulta preocupante, puesto que el Estado de Chile tiene responsabilidad por el actuar de Carabineros cuando éste pueda vulnerar los derechos humanos, y resulta fundamental que se adopten medidas en este sentido.

3. Respeto a los derechos de los pueblos indígenas

En todo momento debe asegurarse el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas establecidos en diversas normas internacionales vigentes en Chile, entre las que se destacan la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁵, el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (como ha sido interpretada por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos)⁴⁶.

Algunos de estos derechos son: el derecho a la libre determinación⁴⁷; el derecho a no ser desplazados por la fuerza sin su consentimiento⁴⁸; el derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas, mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y acceder a ellos privadamente, a utilizar y controlar sus objetos de culto y obtener la repatriación de sus restos humanos⁴⁹; derechos en materia de educación y transmisión del conocimiento a generaciones futuras⁵⁰; derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información sin discriminación⁵¹; derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo⁵²; derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud⁵³, entre muchos otros.

En lo relativo a las tierras, territorios y recursos, los instrumentos y la jurisprudencia internacionales son consistentes en la necesidad de reconocer la importancia especial que tienen las tierras o territorios para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, y la necesidad de reconocer el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan⁵⁴. Asimismo, deben instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras⁵⁵, lo cual debiera hacerse conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes en un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas⁵⁶. Se establece además el derecho a la reparación a los pueblos indígenas por las tierras, territorios o recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado⁵⁷.

De especial importancia es la adecuada implementación del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado por parte de los pueblos indígenas tratándose de legislación o proyectos de inversión que los afecten – materia que continúa bajo un manto de dudas en Chile. Como ha resaltado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, el deber de los estados de consultar a los pueblos indígenas con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado se destaca en los principales instrumentos internacionales que específicamente tratan el tema de los pueblos indígenas, es decir el Convenio 169 de la Organización Internacional del

Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Pero otros instrumentos internacionales incluyen de manera implícita este deber también, por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Carta de la ONU cuando reconocen la libre determinación, entre varios otros⁵⁸.

Pocas empresas y Estados avanzan en planes de desarrollo sin hacer algún esfuerzo para involucrar a los pueblos indígenas. Pero sus esfuerzos a menudo son deficientes y no alcanzan el estándar de consentimiento informado e incluso estándares de participación efectiva. Hay ejemplos bien documentados en todo el mundo de empresas y Estados intentando obtener el consentimiento a través de cohecho y coerción; de entregar información engañosa, falsa o incompleta; de análisis de impacto ambiental participativos inexistentes e inadecuados; de compensación inadecuada y reasentamientos mal planificados. Esto sucede en un contexto de falta de participación de los pueblos indígenas en la planificación e implementación de políticas de energía regional y nacional y de manejo de recursos, su marginalización general en la sociedad en aspectos políticos y económicos, la imposición unilateral de leyes o políticas, y una larga historia de discriminación y pérdida de autonomía y derechos respecto de sus territorios.

En Chile, actualmente la única normativa vigente sobre la materia es el Decreto 124 de 2009, que no se ha aplicado y ha sido ampliamente criticado, por no cumplir con los estándares internacionales en materia de consulta. Entre las críticas se ha encontrado que deja en manos de los órganos administrativos la decisión de consultar o no, el ser demasiado limitativo en cuanto a las situaciones y la oportunidad en que se debe consultar y el hecho de haber sido establecido unilateralmente, sin participación ni consulta a los propios pueblos indígenas⁵⁹. Tras un fallido proceso de “Consulta de Institucionalidad Indígena” en 2011, que finalmente fue suspendido tras reclamos de los propios pueblos indígenas, el gobierno del Presidente Piñera ha estado desarrollando una nueva propuesta de Reglamento de Consulta, conformándose una llamada “mesa de consenso” con representantes del gobierno y de comunidades indígenas. Esta mesa también ha sido blanco de críticas en cuanto a su legitimidad y transparencia⁶⁰.

La propuesta de reglamento fue enviada por el propio gobierno de Chile a James Anaya, Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, quien elaboró un documento con sus comentarios tanto a la propuesta de Reglamento de Consulta, como también al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental (SEIA, al cual el reglamento de consulta se remite tratándose de proyectos de inversión)⁶¹. En su informe propone una serie de modificaciones concretas, en todas las cuales se manifiesta una preocupación transversal: la ausencia de una perspectiva de derechos humanos como centro del proceso. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha publicado su Informe de Observaciones 2013, incluyendo observaciones acerca de la aplicación del Convenio 169 en Chile, en las que también manifiesta preocupación por el Reglamento del SEIA⁶².

Está además en funcionamiento además una Comisión Bicameral en el Congreso para la implementación del mecanismo de consulta en el proceso legislativo⁶³. Más recientemente, a comienzos de 2013, el gobierno anunció la presentación de un proyecto de ley sobre consulta, cuyo texto a la fecha no se conoce.

Dado lo anterior, es importante destacar que cualquier mecanismo o procedimiento de consulta que se establezca, sea mediante reglamento o ley, debe ser a su vez consultada y acordada con los pueblos indígenas, de manera que ésta sea un mecanismo efectivo, legítimo, representativo y de buena fe desde el punto de vista de todas las partes involucradas.

Sin embargo, es necesario tener presente que la ausencia de una norma interna actualmente en aplicación que regule el mecanismo de consulta no exime de la obligación del Estado de Chile de realizar la consulta y obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas de acuerdo a los estándares internacionales. Esto más aún, considerando que existe un consenso general de parte de los órganos de protección de los derechos humanos sobre la necesidad de consultar a los pueblos indígenas sobre los proyectos que afecten la utilización, administración y conservación de sus territorios o de los recursos existentes en sus tierras y territorios, como ha sido el caso del Comité de

Derechos Humanos⁶⁴, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁶⁵ y la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶.

En el caso particular del pueblo mapuche hay más de un caso en que la necesidad de una consulta ha sido materia de discusión.

Tratándose de proyectos de inversión que afectarían sus territorios – y a modo de ejemplo, sin pretender hacer una enumeración exhaustiva – están los casos de la construcción del aeropuerto internacional de Quepe⁶⁷, el tendido eléctrico Melipeuco-freire⁶⁸, la Central Hidroeléctrica de Pasada El Rincón⁶⁹ y el caso de los Proyectos Central Hidroeléctrica Neltume y Línea de Alta Tensión S/E Neltume-Pullinque de ENDESA-ENEL⁷⁰.

Tratándose de la dictación de leyes o reglamentos que afectan a todos los pueblos indígenas de Chile y que el Estado tiene la obligación de consultar con los Pueblos Indígenas, estaría el del proyecto de ley sobre la llamada “carretera eléctrica”, el eventual reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y los tres proyectos de ley anunciados por el gobierno sobre consulta indígena, la creación de un Consejo de los Pueblos y la llamada “Ley Araucanía”.

Es fundamental que todo mecanismo que se genere para desarrollar la consulta, cualquiera sea la forma legal que adopte, sea coherente con los estándares internacionales sobre la materia, incluyendo las recomendaciones del Relator Anaya, tenga los derechos humanos como centro y sea adecuadamente consultado y acordado con los propios pueblos indígenas. Además, debe desarrollarse en todos los sectores pertinentes, incluidos la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas ya sea en general o en normativa sectorial, así como proyectos vinculados con la minería, la protección medioambiental y la energía.

Un aspecto fundamental de este derecho es el proceso que desemboca en el consentimiento libre, previo e informado, especialmente la necesidad de mecanismos de vigilancia, aplicación y resolución de conflictos. Llevar adelante procesos de toma de decisiones de las comunidades afectadas, sus valores y sus tradiciones incluye involucrar a las comunidades en los procesos de toma de decisiones desde las primeras etapas, y que el Estado asegure la participación efectiva de los miembros del pueblo originario de conformidad con sus costumbres y tradiciones, consultando activamente, de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados que tengan como fin llegar a un acuerdo. El consentimiento se requiere cuando un proyecto puede tener un impacto significativo en los territorios de pueblos indígenas y los recursos naturales. El impacto probable de un proyecto debe considerarse desde la perspectiva de los pueblos indígenas involucrados, teniendo consideración con su situación actual y los efectos acumulativos de violaciones pasadas.⁷¹ Pero aún cuando el consentimiento no sea necesario, y en caso de no llegarse a acuerdo, el Estado en todo momento tiene la obligación de respetar y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas⁷².

Además, resultaría fundamental ajustar no sólo la legislación que se refiera específicamente a los pueblos indígenas de Chile, sino también revisar la normativa sectorial que pueda requerir incorporar procedimientos de consulta. Por ejemplo, la Comisión de Expertos de la OIT, en su examen de Chile de 2010 hizo notar que “el Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contienen disposiciones sobre consulta de los pueblos indígenas en los casos de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión”⁷³.

Finalmente, resulta esencial que los pueblos indígenas tengan la garantía de poder organizarse, buscar asesoría y cuestionar a las autoridades y otros actores de poder, sin temor a represalias tales como hostigamiento judicial, amenazas y violencia. En este sentido, resolver lo relativo a los dos primeros puntos en relación con asegurar juicios justos y la investigación y prevención de la violencia policial en las comunidades, no resultan aspectos separados de la implementación de la consulta, sino materias absolutamente interdependientes.

La implementación del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de acuerdo a los estándares internacionales constituye un paso relevante para avanzar a que las medidas que se propongan que afecten de cualquier forma a pueblos indígenas – incluyendo medidas para resolver los

conflictos existentes en la Araucanía – no se hagan sólo *para* los pueblos indígenas, sino *con* ellos, asegurando un diálogo de buena fe y participación efectiva, que termine con los patrones de exclusión y desigualdad, avanzando hacia un sólido reconocimiento a sus derechos en plena igualdad.

NOTAS:

¹ Ver por ejemplo, “Continúa toma pacífica de fundo labranza en Tirúa”, 27 de febrero de 2013 <http://www.biobiochile.cl/2013/02/27/continua-toma-pacifica-de-fundo-labranza-en-tirua.shtml>; “Fuerzas Especiales desalojan a comuneros mapuches de fundo Chihuihue”, 5 de marzo de 2013 <http://radio.uchile.cl/noticias/197852/>.

² Ver por ejemplo, “Voceros mapuches rechazan medidas “unilaterales” del Gobierno por Plan Araucanía”, 30 de enero de 2013 <http://radio.uchile.cl/noticias/192534/>; “El proyecto que pretende crear el gobierno autónomo Mapuche desde la región del Biobío al sur”, 26 de febrero de 2013 <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/02/680-506979-9-el-proyecto-que-pretende-crear-el-gobierno-autonomo-mapuche-desde-la-region-del.shtml>.

³ Una versión de prensa sobre los hechos puede leerse aquí: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/01/680-503266-9-las-horas-de-terror-de-la-familia-luchsinger.shtml>

⁴ Las 7 medidas son:

1. El gobierno ya presentó una querrela criminal por Ley Antiterrorista, dado el atentado incendiario que terminó con la vida de dos personas.
2. Recalificación de la querrela que fue presentada hace algunas semanas atrás, por otro atentado incendiario.
3. Nombramiento por parte del Fiscal Nacional, de un persecutor especial con dedicación exclusiva a la investigación de la causa.
4. Aumento en 84 carabineros más la dotación en la zona, llegando a 400 efectivos. Además, se suma un segundo helicóptero de vigilancia y cuatro nuevos carros blindados que se suman a los seis ya existentes.
5. Solicitud al general director de Carabineros, Gustavo González, de la creación de una zona de control y seguridad en las zonas más afectadas, con funcionamiento diurno y nocturno.
6. Creación de un equipo jurídico especial.
7. Solicitud al director de la Agencia Nacional de Inteligencia que dentro del mandato legal, pueda recabar información complementaria de las Fuerzas Armadas, "para poder aumentar la eficacia de la lucha contra el terrorismo en esta región".

<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/01/680-501882-9-pinera-anuncia-en-temuco-siete-medidas-para-un-ataque-frontal-contra-el.shtml>

⁵ Ver, por ejemplo, <http://radio.uchile.cl/noticias/186806/>.

⁶ El texto de la declaración del INDH puede verse aquí: <http://www.indh.cl/declaracion-publica-instituto-nacional-de-derechos-humanos-repudia-actos-de-violencia-en-la-araucania-y-llama-al-dialogo>

⁷ El texto de la declaración de las organizaciones puede verse aquí: <http://www.indh.cl/declaracion-de-organizaciones-de-derechos-humanos-de-la-araucania-por-conflicto-chileno-mapuche>

⁸ El documento completo resultante de la “Cumbre de Ñielol” puede verse aquí: http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/sites/default/files/biblioteca/cumbre_nielol16ene2013.pdf

⁹ <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/pueblos-origenarios/pinera-anuncio-urgencia-para-el-reconocimiento-constitucional-de-los-pueblos-indigenas/2013-01-21/132113.html>

¹⁰ <http://radio.uchile.cl/noticias/192534/>

¹¹ Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹² Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 2 Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; Artículo 3 del Convenio 169 de la OIT.

¹³ Artículo 2, inciso primero, Ley N°20.609, de 2012.

¹⁴ Artículo 1, inciso segundo, Ley N°20.609, de 2012.

¹⁵ Rodolfo Stavenhagen, Como hacer para que la Declaración sea efectiva, en IWGIA, El Desafío de la Declaración.

¹⁶ Carta abierta al Presidente de la República de Chile al cumplir dos años de su mandato. AMR 22.001.2012, 12 de marzo 2012. <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR22/001/2012/es/0a5d8e26-bdb8-4405-a9e2-581eb16d0982/amr220012012es.pdf>

¹⁷ La lista final de temas para revisión está disponible aquí:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/reports2013.htm>.

¹⁸ Artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 8, 9 y 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

¹⁹ Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículos 1 y 2 de la

Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; Artículo 3 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

²⁰ Artículo 8 del Convenio 169 de la OIT.

²¹ Artículo 9 del Convenio 169 de la OIT: “1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

²² Artículo 10 del Convenio 169 de la OIT.

²³ Esta preocupación ya fue representada por Amnistía Internacional al Presidente Piñera en carta fechada 27 de agosto de 2010. TG AMR 22/2010.004.

²⁴ Entre estos órganos y expertos se encuentra: el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (A/HRC/12/34/Add.6), el Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 7) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 15). Cabe destacar que el Estado de Chile ha enviado recientemente sus informes tanto al Comité de DDHH como al CERD, de cara a las próximas revisiones, encontrándose estas recomendaciones al menos parcialmente incumplidas.

²⁵ La Comisión somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche), por considerar que “su procesamiento y condena por supuestos delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria. Todo, en un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena Mapuche en Chile”. Nota de remisión: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.576NdeResp.pdf>

²⁶ Ver por ejemplo: <http://www.radionuevomundo.cl/?p=3992>. El gobierno el año pasado desmintió expresamente la existencia de esta “militarización”, señalando que la mayor presencia policial se debe al incremento de la violencia en la zona. <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/07/27/ministro-chadwick-no-existe-militarizacion-en-la-araucania/>

²⁷ Los sitios www.mapuexpress.net y www.werken.cl reportan regularmente este tipo de denuncias. Entre los informes que han reportado casos están el informe de CEPAL y la Alianza Territorial Mapuche (ATM), “Desigualdades territoriales y exclusión social del pueblo mapuche en Chile: Situación en la comuna de Ercilla desde un enfoque de derechos”, de abril de 2012 (<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/46283/2012-79-DesigualdadesterritorialesWEB.pdf>) y el “Informe sobre Violencia Institucional hacia la Niñez Mapuche en Chile”, presentado por Fundación Anide, Red de ONGs de Infancia y Juventud en Chile y Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, presentado en marzo 2012 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (<http://libertadninos.files.wordpress.com/2012/08/informe-violencia-institucional-nic3b1ez-mapuche-20121.pdf>).

²⁸ Ver comunicados de prensa de Amnistía Internacional:

- “En el Día Nacional de los Pueblos Indígenas: Amnistía Internacional reitera el llamado a las autoridades a respetar los derechos del pueblo mapuche y que las violaciones a estos derechos no queden impunes”, 25 de junio 2012. <http://www.amnistia.cl/web/ent%3%A9rate/amnist%3%AD-internacional-reitera-el-llamado-las-autoridades-respetar-los-derechos-del-pueblo-m>
- “Chile: Niños y niñas indígenas heridos tras desalojo violento”, 31 de julio 2012. <http://www.amnesty.org/es/news/chile-ninos-ninas-indigenas-heridos-desalojo-violento-2012-07-30>

²⁹ “Informe sobre Violencia Institucional hacia la Niñez Mapuche en Chile”, presentado por Fundación Anide, Red de ONGs de Infancia y Juventud en Chile y Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, presentado en marzo 2012 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰ Entre las víctimas mapuche se encuentran los casos de Alex Lemún el 2002, Matías Catrileo el 2008 y Jaime Mendoza Collío el 2009. Además, se produjo la muerte del sargento del Grupo de Operaciones Policiales Especiales de Carabineros (Gope) Hugo Albornoz Albornoz en 2012.

³¹ “Informe sobre Violencia Institucional hacia la Niñez Mapuche en Chile”, vid. nota 20.

³² Directora del INDH: “Las comunidades mapuche están altamente aterrizadas”, 20 de enero 2012. <http://www.humanas.cl/blog/?p=3938>

³³ CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párrafos 20 y 21. El Comité recomienda además el establecimiento de una estrategia y plan de acción comprensivos para eliminar toda forma de violencia contra las mujeres, incluyendo mujeres mapuche y de otras comunidades indígenas, así como un mecanismo institucional para coordinar, monitorear y medir la efectividad de las medidas adoptadas.

³⁴ Informe No. 81/12 Petición 404-06 Admisibilidad Alex Edmundo Lemún Saavedra y otros. 8 de noviembre de 2012. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp#inicio>

³⁵ Esto se funda en el derecho a la integridad física y psíquica (Artículos 3 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 5 de la

Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 7 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo 3 n°2 del Convenio 169 de la OIT) y el derecho a acceder a la justicia y medidas de reparación en caso de violación de derechos (Artículos 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 12 del Convenio 169 de la OIT).

³⁶ Artículo 5 n°3 del Código de Justicia Militar.

³⁷ Ver por ejemplo, *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte I.D.H.; Principio 29 del Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1 (8 de febrero de 2005) (“La competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado”); Principios 8 y 9 del Proyecto de Principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares, E/CN.4/2006/58 (13 de enero de 2006).

³⁸ En ninguno de los tres casos de personas mapuche muertas por impactos de bala de Carabineros, existe alguien cumpliendo una condena efectiva de cárcel. Alex Lemún murió por un impacto de perdigón de plomo en la cabeza. El tribunal militar identificó un imputado por violencia innecesaria con resultado de muerte, pero la Corte Marcial retiró los cargos sobreseyendo la causa, y el caso no se ha retomado, razón por la cual la familia está recurriendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Matías Catrileo habría recibido una ráfaga de UZI en la espalda que le causó la muerte. En diciembre de 2011 la Corte Suprema confirmó la condena de la Corte Marcial para Walter Ramírez Inostroza, quien recibió una pena de 3 años que serán cumplidos en libertad, debido a la atenuante de haber obrado con celo de la justicia. Jaime Mendoza Collío murió tras recibir un disparo de bala en la espalda. En agosto de 2012 la Corte Marcial absolvió a Miguel Jara Muñoz de su muerte por considerar que actuó en legítima defensa, revocando el fallo del tribunal militar que lo había condenado a 15 años de prisión.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Palamara Ibarne V. Chile*, sentencia 22 noviembre 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf.

⁴⁰ Artículo 7 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴¹ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

⁴² Amnistía Internacional solicitó la entrega de diversos protocolos a través de una solicitud de acceso a información pública en virtud de la Ley de Transparencia chilena. Carabineros denegó la solicitud esgrimiendo que su entrega puede afectar a la seguridad de la Nación. Resolución Exenta N°282, 24 de noviembre 2011.

⁴³ Artículo 31 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴⁴ En 2011 y en 2012, a propósito de diferentes instancias de violencia policial, Amnistía Internacional requirió al Ministerio del Interior – repartición de gobierno de la cual depende Carabineros de Chile – información acerca de medidas relacionadas. En todos los casos, la solicitud no fue respondida y fue derivada a Carabineros, indicando que de acuerdo a los artículos 1 y 2 de la ley N°20.502, que crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, “a esta Secretaría de Estado le corresponderá la gestión de los asuntos y procesos administrativos que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública requieran para el cumplimiento de sus funciones y que sean de su competencia”. Oficios N°19.652, de 14 de septiembre 2011, 20.223, de 29 de septiembre 2011, y 16.147, de 27 de septiembre 2012.

⁴⁵ Si bien muchos gobiernos no consideran que la Declaración sea jurídicamente vinculante, ya que no es un tratado internacional que requiere ratificación, la Declaración fue aprobada por una abrumadora mayoría de 144 Estados de todas las regiones del mundo luego de más de 20 años de negociaciones; lo que le otorga una legitimidad única. Por esta razón, y como un instrumento universal de derechos humanos, obliga moral y políticamente a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas a aplicar plenamente su contenido, especialmente a todos aquellos que, como Chile, apoyaron su aprobación. Asimismo, cabe destacar que la Declaración no crea nuevos derechos sino que aclara y confirma los derechos que ya están reconocidos en otros instrumentos que si son legalmente vinculantes para Chile. De esta manera, la Declaración debe ser tenida en cuenta como el instrumento internacional más legítimo y actual que desarrolla y aclara el alcance y contenido de los derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴⁶ Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos no establece específicamente derechos de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones la ha interpretado dando protección a estos derechos humanos, como en los casos de *Awas Tingni* (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001), *Yakye Axa* (Caso Comunidad indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005) y *Saramaka* (Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007). A estos casos se ha dado lugar interpretando los artículos 8, 21 y 25 de la Convención, en relación con los artículos 1.1., 2 de la misma.

⁴⁷ Como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce en su preámbulo, la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultural, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales “afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan

libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. La Declaración señala en su artículo 4 que “[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas” y afirma los derechos de los pueblos indígenas a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo (art. 23) y para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32). Ver también Artículo 1.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 1.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴⁸ Artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

⁴⁹ Artículo 12 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁵⁰ Artículos 13 y 14 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Artículos 27, 28 y 29 del Convenio 169 de la OIT.

⁵¹ Artículo 16 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Artículo 30 del Convenio 169 de la OIT.

⁵² Artículo 23 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT.

⁵³ Artículo 24 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁵⁴ Artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT; Artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Ver también los casos de Yakye Axa (Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005), Sawhoyamaxa (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006), Saramaka (Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007) y Sarayaku (Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012).

⁵⁵ Artículo 14 n°3 del Convenio 169 de la OIT.

⁵⁶ Artículo 27 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁵⁷ Artículo 28 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁵⁸ Peritaje frente a la Corte IDH, Caso Sarayaku Vs Ecuador, disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/statements/la-norma-de-consulta-previa-introduccion-a-peritaje-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-caso-sarayaku>.

El Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece que el deber de consulta a los pueblos indígenas cuando se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles (Art. 6 1 a.); indicando que “la consulta debe ser de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a acuerdo o lograr consentimiento (Art. 6.2.). Por su parte, el artículo 7 establece el derecho a decidir prioridades del desarrollo y participar en la formulación y aplicación de planes de desarrollo; el Artículo 15 2 establece la consulta obligatoria antes de emprender una actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos, participación en los beneficios e indemnización por daños y el Artículo 16 requiere el consentimiento previo en caso de traslado desde sus territorios. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas exige obtener el consentimiento previo, libre e informado de dichos pueblos en caso de traslado desde sus tierras o territorios (Artículo 10); decisiones de carácter legislativo o administrativas que les afecten (Artículo 19); la explotación de sus tierras, territorios o recursos naturales (Artículo 28) y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (Artículo 32.2). Además, Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵⁹ Ver por ejemplo: OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa a Chile (CEACR) – Adopción: 2010, Publicación: 100ª Reunión CIT (2011).

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2334939,102588,Chile,2010; Opinión del Instituto de Derechos Humanos en su Informe Anual de marzo de 2011: <http://www.indh.cl/indh-decreto-124-sobre-consultas-indigenas-no-satisface-obligaciones-internacionales-2>

⁶⁰ Ver, por ejemplo, <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=10112>

⁶¹ El Relator Anaya se pronunció sobre el caso a solicitud del propio gobierno de Chile. Además, en su informe se refirió además específicamente a la necesidad de adaptar el nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a la normativa internacional sobre consulta indígena. Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile, Noviembre de 2012.

<http://www.unsr.jamesanaya.org/esp/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>

⁶² El informe señala que “La Comisión invita al Gobierno a informar en su próxima memoria sobre el resultado del recurso de protección interpuesto por algunas organizaciones indígenas contra el reglamento del SEIA. La Comisión

espera que en la próxima memoria se incluya un texto reglamentario que asegure la eficacia de los requerimientos de la consulta, la participación y la cooperación con los pueblos indígenas que se establecen en los artículos 6 y 7 del Convenio. En caso de que un estudio de impacto ambiental conlleve la prospección o explotación de recursos existentes en tierras indígenas y/o el reasentamiento de comunidades indígenas, la Comisión invita al Gobierno a indicar cómo se asegura el cumplimiento de todos los requerimientos de los artículos 15 y 16 del Convenio". p. 908. <http://www.politicaspublicas.net/panel/images/stories/docs/2013-oit-informe-ceacr-completo.pdf>

⁶³ http://www.senado.cl/constituyen-comision-bicameral-para-implementar-mecanismo-de-consulta-a-pueblos-originarios-contemplada-en-convenio-169/prontus_senado/2013-01-23/172008.html

⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, Ángela Poma Poma vs. Perú, Comunicación N°1457/2006, dictamen emitido el 24 de abril de 2009, Doc. ONU: CCPR/C/95/D/1457/2006 (Anexo), párr. 7.7. El Comité consideró que "la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento previo, libre e informado de los miembros de la comunidad".

⁶⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N°XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas (18 de agosto de 1997), A/52/18, anexo V, párr. 5 "[...] reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que se adopten medidas para que les sean devueltos.

⁶⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007; caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012.

⁶⁷ El aeropuerto está en construcción actualmente. Comunidades mapuche cercanas a la construcción recurrieron a tribunales con el fin de exigir la realización de consulta indígena. La Corte Suprema finalmente rechazó la solicitud de las comunidades, por considerar que no corresponde la aplicación del Convenio 169 de la OIT debido a que al momento de la aprobación de la construcción del aeropuerto, el Convenio no había entrado en vigencia en Chile: "el acto de adjudicación sólo viene a formar parte de las últimas medidas del proyecto, de modo que no corresponde someterlo, como se dijo, a la consulta que pretenden las recurrentes, ya que dicho procedimiento se inició con mucha antelación a la vigencia del Convenio 169, y a dichos actos se sujetaron de buena fe todos los terceros que participaron de la licitación, no pudiendo entonces ahora pretender introducir modificaciones al proyecto, que es lo que se persigue por la vía de la consulta, si las bases fueron antes debidamente publicadas y dictadas de acuerdo a la legislación vigente en esa oportunidad." Corte Suprema, Reyes Alcaman y otros con Ministerio de Obras Públicas, Rol 1608-2011, 6 de mayo 2011.

<http://www.politicaspublicas.net/panel/jp/739-csuprema-caso-aeropuerto-2011.html>

⁶⁸ Este caso también fue llevado a tribunales por las comunidades. Si bien la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el requerimiento de las comunidades de realizar una consulta indígena de acuerdo al Convenio 169, la Corte Suprema revocó este fallo, señalando que la consulta sería innecesaria puesto que los terrenos afectados "no han sido calificados como indígenas" de acuerdo a la legislación chilena, y que "no es posible vislumbrar de qué manera este tendido eléctrico pueda provocar una alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos reclamantes, puesto que no afecta viviendas, servicios, accesos o sitios de significación cultural, teniendo en consideración que el trazado en la comuna de Freire corresponde a una zona ya intervenida por un ex ramal ferroviario de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado." Corte Suprema, Asociación indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía, 8 de junio 2012. <http://www.politicaspublicas.net/panel/jp/1648-rol-3602-2012.html>

⁶⁹ El proyecto de Central Hidroeléctrica de Pasada El Rincón se encuentra en proceso de Declaración de Impacto Ambiental. Agrupaciones mapuche y de turismo de la comuna de Melipeuco presentaron en febrero de 2013 observaciones y una impugnación ante el Sistema de Evaluación Ambiental por considerar que el proyecto afectaría, entre otras cosas, actividades turísticas de la zona y espacios de interés ceremonial-religioso del pueblo mapuche, y que no se ha realizado una consulta con las comunidades afectadas. En enero 2013 se había determinado realizar un proceso de participación ciudadana para este caso, sin que quede claro si se cumplirá con los estándares propios de una consulta indígena.

http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=7594702

⁷⁰ Los proyectos de la línea de alta tensión y la Central Hidroeléctrica se encuentran en proceso de Evaluación de Impacto Ambiental. Dicho proceso incluye un proceso de participación ciudadana, que ya se realizó, pero la jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho en otras ocasiones que este proceso de participación ciudadana no exime de la realización de una consulta indígena de acuerdo a los estándares internacionales. El estado del proceso de la Evaluación de Impacto Ambiental de la línea de alta tensión está disponible aquí: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=5135068&idExpediente=5135068&modo=ficha, y para la central hidroeléctrica aquí:

http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=5135068.

Las comunidades han presentado el detalle de la manera en que estos proyectos las afectan en el "Informe Ejecutivo Proyectos Central Hidroeléctrica Neltume y Línea de Alta Tensión S/E Neltume - Pullínque de Endesa Enel,

elaborado por Comunidades Mapuche Lago Neltume, Parlamento Mapuche de Koz Koz, Fundación Huilo Huilo, Red de Organizaciones Ambientales de Panguipulli, 14 de junio 2012.

<http://www.mapuexpress.net/content/publications/print.php?id=6514>

⁷¹ Caso Saramaka vs. Surinam, párrs. 134 y 137.

⁷² Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile, Noviembre de 2012.

⁷³ OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa a Chile (CEACR) – Adopción: 2010, Publicación: 100ª Reunión CIT (2011).

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2334939,102588,Chile,2010