

DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE HOY: LAS AMENAZAS AL AGUA, A LA BIODIVERSIDAD Y A LA PROTESTA SOCIAL

OBSERVATORIO
CIUDADANO



**DERECHOS HUMANOS
Y PUEBLOS INDÍGENAS
EN CHILE HOY:
LAS AMENAZAS AL AGUA,
A LA BIODIVERSIDAD
Y A LA PROTESTA SOCIAL**

**OBSERVATORIO
CIUDADANO**

 **HEINRICH
BÖLL
STIFTUNG
CONO SUR**



Temuco, octubre de 2017

© Observatorio Ciudadano
Octubre de 2017

ISBN: 978-956-9315-07-7

EDICIÓN:
Observatorio Ciudadano

DISEÑO PORTADA Y DIAGRAMACIÓN:
Lola de la Maza

FOTOS PORTADA:
Hernando Silva y Nelson Martínez

Impreso por:
Imprenta América Ltda.
Chile

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
I. EL DERECHO HUMANO AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS <i>Hernando Silva</i>	15
II. LAS INICIATIVAS DE CONSERVACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES LOCALES Y EL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS <i>Felipe Guerra</i>	31
III. LA PROTESTA SOCIAL MAPUCHE Y LA RESPUESTA ESTATAL: CRIMINALIZACIÓN Y VIOLENCIA POLICIAL <i>Hernando Silva</i>	51

PRESENTACIÓN

*José Aylwin**

Como hemos sostenido en informes anteriores del Observatorio Ciudadano, los problemas que hoy enfrentan los pueblos indígenas en Chile en el ejercicio de los derechos humanos que les han sido reconocidos por la legislación nacional e internacional que les es aplicable, son diversos y profundos.

Uno de ellos es el desconocimiento jurídico-político del que son objeto como pueblos en la Constitución Política de 1980. Aprobada en dictadura, esta carta ha sido objeto de numerosas reformas introducidas desde la recuperación de la democracia en 1990. No obstante ello, esta sigue sin considerar la existencia de la pluralidad de pueblos que habitan en el país y, menos aún, los derechos colectivos que les corresponden como tales. Se trata de un problemática central que, en el marco del proceso constituyente hoy en marcha, ha motivado la reivindicación del reconocimiento del Estado chileno como plurinacional de manera transversal en las organizaciones representativas de estos pueblos.

En el plano legislativo, la Ley N° 19.253 de 1993 sobre “fomento, protección y desarrollo de los indígenas”, sigue vigente, a pesar de no condecirse con el estándar del derecho internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas a la tierra, el territorio, los recursos naturales –como el agua y los recursos del subsuelo– y en materia de participación y autonomía política. En cuanto a la Ley N° 20.249 de 2008 sobre “espacios marinos costeros de los pueblos originarios”, su

* Director Observatorio Ciudadano

implementación sigue siendo mínima manteniéndose la desprotección frente al uso industrial de dichos espacios por empresas pesqueras¹.

El Convenio 169 de la OIT, ratificado el 2008, ha seguido teniendo una aplicación muy insuficiente. Ello en particular en la aplicación del derecho de consulta indígena frente a medidas administrativas recaídas en proyectos de inversión que afectan a pueblos indígenas, como se da cuenta en este informe al analizar proyectos de inversión que afectan las aguas indígenas. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, aprobada con el voto favorable del Estado chileno, la que consagra el derecho de libre determinación y autonomía de estos pueblos, así como su derecho al consentimiento libre previo e informado frente a ciertas circunstancias, como los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, ha tenido poca o nula aplicación en el país.

Siempre en el plano político, los pueblos indígenas, con una población de más de 1.5 millones, casi el 10% de la población total del país, no cuentan hasta la fecha con representación en el Congreso Nacional, instancia que adopta legislaciones que son centrales para la vida de sus integrantes y para su futuro como colectivos². Su representación en instancias de toma de decisión en otros poderes del Estado, como el poder ejecutivo y el judicial, es muy inferior a la de su demografía.

Otra situación crítica de los pueblos indígenas es la referida a la discriminación que les afecta en materia económica social. Estadísticas oficiales de 2015 demuestran que el porcentaje de población indígena que se encuentra en situación de pobreza multidimensional (ingreso, vivienda, educación y salud) llega al 30.8%, mientras que la población no indígena alcanza a 19.9%. La región de La Araucanía, que es la que tiene el mayor porcentaje de población indígena (mapuche), equivalente al 19.8% de la población total, sigue siendo la

1 A mediados de 2016 solo 9 solicitudes de concesión de estos espacios costeros marítimos se encontraban otorgadas, o en proceso de ser otorgadas a comunidades o asociaciones indígenas. Ver <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/05/22/pueblos-originarios-y-espacio-costero/>

2 En las elecciones parlamentarias de noviembre de 2017 fueron electos tres parlamentarios indígenas (Francisco Huenchumilla y Yasna Provoste, senadores y Emilia Nuyado, diputada). En cualquier evento, ellos lo fueron en razón de su inserción en partidos políticos de la sociedad chilena y no en representación de sus pueblos.

región más pobre del país, con un 29.2% de pobreza multidimensional y un 23.6% de pobreza por ingresos³.

Pero posiblemente uno de los problemas que afectan con mayor intensidad la vigencia de los derechos de pueblos indígenas es el que tiene que ver con la desprotección de sus tierras, territorios y recursos naturales, incluyendo tanto aquellos que les fueron reconocidas por el Estado a la fecha, como las de ocupación y uso ancestral. Dichas tierras y recursos se han visto amenazados por un modelo económico de libre mercado que en parte importante se ha basado en la explotación de recursos naturales para su exportación hacia los mercados globales. En efecto, como parte de la estrategia de liberalización económica y de apertura de su economía a los mercados globales iniciada en la dictadura militar (1973-1990) y profundizada posteriormente en democracia, a contar de 1993 y hasta el 2016 el Estado chileno había suscrito 25 acuerdos comerciales, con un total de 64 estados, que representan el 64,1% de la población mundial y el 86,3% del PIB global⁴.

Como consecuencia de estos acuerdos, Chile ha sido durante las últimas dos décadas la economía que mayor inversión externa ha recibido en la región en proporción a su población⁵, inversión que se ha canalizado mayoritariamente en industria relacionada a la explotación de recursos naturales. Demostrativo de ello es el hecho que un 74.6% de las exportaciones de Chile al 2014 se concentraban en tres rubros relacionados con dichos recursos; minería con el 62% del total exportado, industria celulosa y madera con el 8% de dichas exportaciones, y salmonicultura con el 4.6% del total⁶. Ello ha tenido enormes implicaciones ambientales y sociales para los territorios en que tales actividades se desarrollan, los que se sobreponen de manera sustancial con aquellos de ocupación y habitación tradicional indígena, y que por lo mismo, son reivindicados por sus comunidades.

3 Ministerio de Desarrollo Social, *CASEN 2015 Situación de pobreza en Chile, 2016*. En: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Situacion_Pobreza.pdf

4 Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON), Ministerio de Relaciones Exteriores Chile. En: <http://www.direcon.gob.cl/>

5 Moreno, Luis A. (2009). *Chile, 20 años de negociaciones comerciales*. Presidente BID, en Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON), Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

6 Banco Central de Chile. *Indicadores de Comercio Exterior 2014*. En: <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/GraficoExp1.pdf>

Tales iniciativas han sido posibles en un marco constitucional y legal que privilegia los derechos de los inversores privados, en particular la propiedad de la tierra, de las aguas y de los recursos del subsuelo, en desmedro de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales que habitan en ellas. La afectación por dichas inversiones del medio ambiente, de la biodiversidad y los recursos naturales, ha sido constatada por distintos informes. En efecto, de acuerdo a estudios recientes, un 7% de las especies conocidas en el país están amenazadas de extinción, particularmente los anfibios, mamíferos y reptiles. Esta cifra es posiblemente una subestimación del estado del conjunto de organismos vivos (la biota), pues numerosos grupos de organismos no han sido evaluados. La transformación del paisaje asociado a diferentes emprendimientos productivos es también crítica. Se estima que 16 de los 127 ecosistemas terrestres del país están amenazados, particularmente aquellos localizados en la región centro-sur del país⁷.

Todo ello, como era previsible, ha generado serios conflictos con pueblos indígenas. Tal como constata el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en su Mapa de Conflictos Socio Ambientales, al 2015 existían un total de 102 conflictos socioambientales, mayoritariamente vinculados a proyectos de inversión en energía (28) y minería (18). De ellos más de un tercio (39) involucraban territorios indígenas. Entre los derechos humanos que dichas inversiones o proyectos afectaban se encuentra el derecho al medio ambiente (95), el derecho al agua (50), y el derecho a la participación y consulta indígena (35)⁸.

Los mismos conflictos han generado una creciente protesta social, en particular en el caso del pueblo mapuche. Dicha protesta, si bien histórica, se ha intensificado en las últimas dos décadas, en particular en el territorio mapuche afectado por los monocultivos forestales, centrales hidroeléctricas, plantas de salmonicultura. La misma se ha manifestado en innumerables movilizaciones pacíficas a lo largo del territorio mapuche para llamar la atención de las autoridades frente a la afectación de sus derechos como pueblo por el desarrollo de estas actividades, y exigir la restitución de sus tierras de ocupación tradicional. Como parte de este proceso también se han desarrollado acciones de fuerza, mayoritariamente en contra de la propiedad, como cortes de camino, quema de plantaciones y maquinaria forestal

7 Centro de Análisis de Políticas Públicas (2016). *Informe país: Estado del medio ambiente en Chile, comparación 1999-2015*. Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile, Santiago. En INDH, *Informe Anual 2017*. En <https://www.indh.cl/destacados/informe-anual/>

8 Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2015. En <http://mapaconFLICTOS.indh.cl/>

o industrial, acciones que en algunos casos han sido auto adjudicadas por organizaciones mapuche, y en otros les han sido imputadas por los órganos policiales y las autoridades⁹.

Es en el contexto aquí descrito, y en momentos en que en el país se debaten propuestas de reforma legal y constitucional que atañen a los pueblos indígenas y a los derechos sobre recursos naturales y al medio ambiente, que el Observatorio Ciudadano consideró oportuno realizar un análisis de la situación de tres derechos fundamentales de estos pueblos, derechos cuyo ejercicio se ha visto seriamente restringido o amenazado: el derecho humano al agua, a la biodiversidad y al medio ambiente, y el derecho a la protesta social.

En el caso del derecho al agua, Hernando Silva analiza en la primera sección de este informe la normativa vigente en el país materia de aguas, el Código de Aguas (Decreto con Fuerza de Ley N° 1122 de 1981), así como también la normativa constitucional (artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución Política de 1980), que reconoce el derecho de propiedad de particulares sobre las mismas. Se trata de una normativa que, tras décadas de aplicación, ha resultado en la privatización de parte significativa de las aguas superficiales en el país y en su concentración en propiedad en pocas manos. El autor analiza en particular las implicancias adversas que esta normativa ha tenido en el territorio ancestral del pueblo mapuche, como consecuencia de la expansión de proyectos productivos, como los proyectos forestales que hoy ocupan un espacio territorial que triplica el reconocido hasta hoy por el Estado chileno al pueblo mapuche, los proyectos de salmonicultura, que hoy proliferan en los ríos y lagos del centro sur del país, o de infraestructura, en particular los proyectos hidroeléctricos, todos ellos vinculados a la utilización del agua o que afectan su disponibilidad.

Se analiza en particular la iniciativa que un conjunto de parlamentarios presentó el 2011 al Congreso Nacional para reformar el Código de Aguas (Boletín 7543-12), proyecto que fuera aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados en noviembre de 2016, que en la actualidad está siendo conocido por la Comisión de Agricultura del Senado. El autor valora el proyecto, toda vez que incorpora una serie de reformas que avanzan hacia un mejoramiento del modelo en miras de permitir el acceso al agua, y revierte a futuro la orientación neoliberal y privatista de la legislación vigente. Ello al declarar el agua como derecho humano, de confor-

9 No son pocos los casos de hechos de violencia en contra de las forestales en que se ha comprobado la existencia de auto atentados.

midad con la Declaración de Naciones Unidas del año 2010, al eliminar el dominio de los particulares sobre las aguas, y al reforzar su carácter de bien público, limitando los derechos de privados sobre estas.

Pese a ello, sostiene su autor, su principal problema radica en que no se afectan los derechos ya otorgados, salvo las limitaciones que se le imponen a estos, y que en general la propuesta rige para los derechos remanentes, esto es solo para el 10% de los derechos sobre las aguas superficiales y para el 40% de las aguas subterráneas. De la misma manera, sostiene que, si bien el proyecto avanza en el reconocimiento de la aguas indígenas, la propuesta no excluye a los territorios indígenas del régimen privatista de los derechos de aprovechamiento de aguas ya constituidos bajo la figura actual del Código de Aguas.

En el caso del derecho a la biodiversidad, Felipe Guerra analiza los modelos de conservación de la naturaleza y las áreas protegidas impulsados por los Estados coloniales, aún vigentes, los cuales desconocieron los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Se refiere a las implicancias adversas que este modelo ha tenido para los pueblos indígenas en Chile, los que han sido desplazados por la imposición de las áreas protegidas del Estado. Sostiene que el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos y la revisión de las directrices sobre conservación, han determinado el entendimiento y valoración de las modalidades de conservación de la biodiversidad por los pueblos indígenas y por las comunidades locales.

El autor analiza las indicaciones que un conjunto de organizaciones de pueblos indígenas de la sociedad civil elaboraron en relación con el proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín N° 9.404-12). Ello a través de un documento que fue presentado tanto al Ministro de Medio Ambiente como al parlamento, y que incidió en la presentación por diversos senadores de indicaciones al proyecto en su tramitación ante la Comisión de Medio Ambiente del Senado. Sostiene que dichas propuestas incidieron además en la consulta a los pueblos indígenas de este proyecto de ley, consulta que fue realizada el 2016, identificándose por el autor los contenidos y alcances de este proceso, así como sus limitaciones.

El autor analiza en profundidad las indicaciones presentadas por el Ejecutivo al Senado en junio de 2017, las que sostiene no recogieron las observaciones for-

muladas por los pueblos indígenas en el proceso de consulta indígena. Sostiene, además, que las indicaciones referidas a la creación de una nueva categoría de conservación indígena, si bien son valorables, se limitan a las tierras indígenas, y no reconocen, como hoy lo hacen las directrices de conservación a nivel internacional y el derecho comparado, la figura de “los territorios y áreas conservadas por pueblos indígenas y comunidades locales” (TICCA o ICCA por sus siglas en inglés). Agrega que las indicaciones de gobierno no resguardan los derechos de estos pueblos sobre sus territorios frente a la creación de áreas protegidas del Estado y áreas protegidas privadas. Por lo anterior, sostiene, se hace necesario que el Congreso Nacional considere en la tramitación de este proyecto de ley la generación de instancias participativas que la incorporación de la perspectiva indígena en su texto final.

Finalmente, Hernando Silva ejemplifica en el caso del pueblo mapuche las limitaciones impuestas por el Estado de Chile al derecho a la protesta social indígena. El autor sostiene que la protesta social se ha hecho creciente en Chile en los últimos años como consecuencia del malestar de diferentes sectores sociales que ven sus derechos denegados, y que no encuentran cauces institucionales para transformar su situación de inequidad y marginación. En el caso de los pueblos indígenas identifica entre los factores determinantes de esta protesta la pérdida territorial y la instalación de proyectos de inversión en sus territorios ancestrales, en particular en el caso del pueblo mapuche.

El mismo autor analiza la forma en que la protesta social mapuche ha sido aplacada a través del uso excesivo de la fuerza por parte de agentes policiales en contra de integrantes de este pueblo, con resultado de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, e incluso de muerte. Da cuenta como dicha actuación abusiva e ilegal de funcionarios policiales era conocida, hasta el 2016, por la Justicia Militar, lo que determinaba la impunidad de dichos hechos delictivos. Agrega que junto a la impunidad judicial existe una impunidad administrativa, toda vez que los actos de violencia excesiva realizados por funcionarios policiales son investigados mediante procedimientos internos de las instituciones policiales, y la mayoría de las veces no son sancionados.

El autor además da cuenta de la política de criminalización impulsada por el Estado en contra de miembros del movimiento mapuche. Es así como entre el año 2009 y la fecha han existido 11 causas penales abiertas, en las que se les ha imputado a 78 personas mapuche la participación en delitos de carácter terrorista.

Señala que, salvo en un caso, ninguno de los imputados fue condenado por conducta terrorista. No obstante lo anterior, dichos procesos, sostiene, han resultado en prolongados periodos de prisión preventiva y en la utilización de testimonios de testigos con identidad reservada, vulnerando el debido proceso, todo lo cual ha sido presentado a Chile por órganos de tratado de la ONU y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, sostiene que el alto índice de absoluciones obtenidas recientemente en los procesos por Ley Antiterrorista evidencia su utilización discrecional y política como herramienta de criminalización.

De acuerdo al autor, durante el 2017 la legislación antiterrorista fue utilizada en contra de 23 personas mapuche en casos (caso Luchsinger Mackay, caso operación Huracán y el caso Iglesias), en que se les imputó por el Ministerio Público y el gobierno la comisión de entre otros delitos considerados en esta ley, el delito de incendio con resultado de muerte de carácter terrorista, el delito de incendio terrorista, y el delito de asociación ilícita terrorista.

Plantea que se hace urgente la modificación de la Ley Antiterrorista, para adecuarla a los estándares internacionales y hacerla concordante con el principio del debido proceso. Para ello se hace necesario tener una definición más precisa del tipo penal de terrorismo, lo que evitaría su utilización tendenciosa con fines criminalizadores, como lo ha sido hasta el momento. Sostiene, además, que resulta fundamental legislar de modo de impedir el uso abusivo de la función persecutoria del Ministerio Público en contra de integrantes del pueblo mapuche por hechos de protesta social. El autor concluye señalando que se hace indispensable establecer procedimientos a través de los cuales se puedan investigar y hacer efectivas las responsabilidades de los Fiscales que han llevado adelante persecuciones penales infundadas en contra de personas mapuche con el solo fin de criminalizarlas.

Los análisis contenidos en este informe dan cuenta de la compleja realidad que hoy viven los pueblos indígenas en general, y el pueblo mapuche en particular, como consecuencia de la desprotección de los derechos que les corresponden sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, así como de imposibilidad de sus comunidades de definir, como el Convenio 169 de la OIT lo establece, sus prioridades en materia de desarrollo y de impulsar sus propios planes de vida. Ello como consecuencia de la imposición del modelo extractivo y exportador por el Estado y de la criminalización de su protesta social. Por lo anterior es que consideramos urgente la introducción de transformaciones jurídicas y políticas que permitan brindar protección efectiva a estos derechos hoy conculcados. Se trata

de una realidad que, como también hemos señalado en informes anteriores, está al centro del conflicto intercultural entre el Estado chileno y el pueblo mapuche, conflicto que, de no ser abordado con prontitud, con mucha certeza recrudescera. Desde el Observatorio Ciudadano hemos procurado acompañar en los últimos años a las organizaciones de pueblos indígenas y comunidades locales en la defensa de sus derechos amenazados, ya sea frente a proyectos de inversión, así como frente a la acción abusiva de agentes policiales del Estado frente a su protesta social y a la persecución penal de sus dirigentes, muchos de ellos defensores de derechos humanos. También hemos participado, en alianza con organizaciones de la sociedad civil y de pueblos indígenas, en el impulso de iniciativas orientadas a transformar los marcos normativos y políticas públicas vigentes que afectan los derechos de los pueblos indígenas, así como también los derechos de las comunidades locales, sobre sus recursos naturales, su medio ambiente y biodiversidad, y que castigan su protesta social.

Con todo, como lo hemos señalado también en nuestros informes, consideramos indispensable la transformación del orden constitucional vigente, el que constituye la matriz del modelo que afecta la vigencia de estos derechos, y que ha resultado en la imposición de una economía extractiva que impacta los territorios, los recursos y consecuentemente la biodiversidad y medio ambiente de los pueblos indígenas y comunidades locales. Sin dicha transformación, a través de procesos democráticos e inclusivos que permitan la participación de todos quienes habitamos este país, incluyendo a los pueblos indígenas, será difícil materializar las transformaciones legales que aseguren el ejercicio de estos derechos y la protección de la biodiversidad y el medio ambiente hoy amenazado. Ello toda vez que el marco constitucional vigente fue pensado precisamente para impedir o dificultar dichas transformaciones y para perpetuar las exclusiones que hoy caracterizan nuestro país.

Por lo mismo, consideramos que junto a los esfuerzos por transformar los marcos normativos sectoriales en las materias que aquí han sido analizadas, se hace urgente profundizar en los esfuerzos y alianzas sociales y políticas, así como las alianzas interculturales para lograr el cambio constitucional, cualquiera sea el escenario político institucional vigente en el país en el futuro próximo.

Las reflexiones que aquí se hacen son el producto de un trabajo de investigación-acción que ha contado con el apoyo de la Fundación Heinrich Böll Cono Sur.

Agradecemos a la Fundación Heinrich Böll el apoyo no solo a este trabajo de documentación sobre los derechos aquí abordados, sino también el apoyo al acompañamiento a las organizaciones de pueblos indígenas y sociales en la defensa de estos derechos frente a las múltiples formas de amenaza de que son objeto. También por el apoyo al trabajo de incidencia en el marco del debate parlamentario de las transformaciones legislativas referidas a estos derechos.

Agradecemos también al Centro de Estudios Legales y Sociales CELS de Argentina por su apoyo al desarrollo de la investigación referida a la criminalización de la protesta social mapuche. Ello en el marco de la diseminación e incidencia en Chile de los resultados del trabajo de investigación realizado por diez organizaciones de derechos humanos de América Latina, entre ellas el Observatorio Ciudadano, que fuera coordinado por esta entidad, y que resultó en la publicación del informe “Los Estados latinoamericanos frente a la protesta social”¹⁰.

Esperamos que este documento de trabajo aporte elementos para el conocimiento de la compleja realidad que hoy viven los pueblos indígenas en Chile, de las razones de su protesta social y de los esfuerzos que estos pueblos y sus aliados desarrollan para lograr las transformaciones que se requieren para asegurar la vigencia y ejercicio efectivo de estos derechos.

Temuco, diciembre de 2017

10 CELS. Los Estados latinoamericanos frente a la protesta social . 2006. En http://www.cels.org.ar/protestasocial_AL/

EL DERECHO HUMANO AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS

*Hernando Silva**

1. EL CÓDIGO DE AGUAS

La normativa que regula la utilización, asignación y constitución de derechos sobre los recursos hídricos es el Decreto con Fuerza de Ley N° 1122 de 1981, más conocido como Código de Aguas. Dicha legislación tiene su fundamento en la teoría económica del libre mercado y en el rol subsidiario del Estado, entregando los Derechos de Aprovechamiento en propiedad a los particulares y permitiendo que éstos dispongan de dichos derechos como bienes de mercado¹. Es así como el Código de Agua define los derechos de aprovechamiento como un derecho real permitiendo a sus titulares su enajenación sin restricciones de ninguna especie², reduciendo las potestades de la autoridad administrativa en materia de manejo y planificación del recurso.

* Coordinador del Área Jurídica del Observatorio Ciudadano.

1 VERGARA B, Alejandro, Derecho de Aguas, Tomo II, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág 314 .

2 Código de Aguas, artículo 5: *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley(..)”*. El destacado es del autor.

Esto se ve reflejado en que, si bien el Código Civil chileno³ y el Código de Aguas⁴ declaran que las aguas son bienes nacionales de uso público, es decir, pertenecen a la Nación toda y su uso corresponde a los habitantes de la Nación⁵, se concede a los particulares un derecho de aprovechamiento sobre esas aguas que permite al titular usar, gozar y disponer de él como cualquier otro bien susceptible de apropiación privada. Así, una vez otorgado, dicho derecho pasa a ser protegido como propiedad privada según lo establece el artículo 19 N°24 inciso final de la Constitución Política de la República⁶. Desde esta perspectiva, se entiende los Derechos de Aprovechamiento de aguas como un derecho real, gratuito, a perpetuidad, constituido por un acto de autoridad e independiente de si el dueño de tal derecho es dueño o no de la tierra donde se ubica el agua, o si se hace o no uso del recurso. Esta situación reduce a un mínimo las potestades de la autoridad administrativa en materia de manejo y planificación de los recursos hídricos asignando el uso de éstos por vía del mercado. Menos aún dicho Código permite una gestión ciudadana de las aguas, recurso que, en contexto de cambio climático, se hace cada vez más escaso.

El marco regulatorio de los recursos hídricos determinado por el Código de Aguas ha sido el principal obstáculo para incorporar los principios del derecho humano al agua reconocido por la ONU el 2010⁷, ya que su modelo de asignación de usos por vía del mercado presenta serios problemas de equidad social para salvaguardar el Derecho Fundamental de todos los seres humanos al agua, la protección ambiental y los derechos de los pueblos indígenas.

3 Código Civil, artículo 595: *“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”*.

4 Código de Aguas, artículo 5: *“Las **aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas**, en conformidad a las disposiciones del presente Código”*. El destacado es del autor.

5 Artículo 589 del Código Civil.

6 Constitución Política de la República de Chile, artículo 19: *“(...) 24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. () **Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”***. El destacado es del autor.

7 El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

2. LAS IMPLICANCIAS DEL CÓDIGO DE AGUAS EN TERRITORIO MAPUCHE

En el marco del modelo de economía abierta a los mercados globales basada en la explotación de recursos naturales vigente en el país, gran parte de las tierras y los territorios de propiedad legal y/o ancestral del pueblo mapuche, en la región de La Araucanía y Los Ríos han sido seriamente amenazados por la gran expansión de proyectos extractivos, productivos o de infraestructura vinculados a la utilización del agua. La gran mayoría de estas iniciativas pertenecen a corporaciones privadas que desarrollan actividades, tales como la industria forestal, en constante expansión con especies exóticas de monocultivos de pino y eucalipto para la producción de celulosa; las empresas hidroeléctricas, que bajo el alero de proyectos de “centrales de paso”, supuestamente amigables con el medio ambiente, han proliferado en las zonas precordilleranas y cordilleranas de la región; la industria salmonera con pisciculturas de producciones y ovulación para la crianza de alevines y posterior traslado a las plantas industriales en el sur de Chile; y, las prospecciones mineras y exploraciones de geotermia.

Cabe señalar que las plantaciones de monocultivos forestales cubren una superficie aproximada de 2.872 millones de hectáreas. El 68% de esta superficie corresponde a plantaciones de pino radiata, el 23% a plantaciones de variedades de eucalipto y el resto a otras especies⁸. Las regiones del Bío Bío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos, que corresponden al territorio de ocupación tradicional del pueblo mapuche, hasta hace poco cubiertas por espesos bosques nativos de gran biodiversidad, concentran un total de 1.559.185 hectáreas de plantaciones. Con 878.970 hectáreas de monocultivos forestales, la región del Bío Bío es la de mayor superficie de plantaciones en el país. Le sigue la región de La Araucanía, con 589 mil hectáreas de las mismas plantaciones exóticas⁹.

Uno de los mayores impactos de las plantaciones es el desecamiento de las aguas que estas provocan, realidad constatada por investigaciones científicas y por la experiencia del conocimiento tradicional de las comunidades, a

8 CONAF (Corporación Nacional Forestal), “Plantaciones forestales” (CONAF 2011) <<http://www.conaf.cl/nuestros-bosques/plantaciones-forestales/>> revisado 25 junio 2017

9 Instituto Forestal (INFOR), “El sector forestal 2011”, en Nancy Yáñez y Rubén Sánchez “La industria forestal en Chile y su impacto en el territorio mapuche”, en José Aylwin et al, *Pueblo mapuche y recursos forestales en Chile: Devastación y conservación en un contexto de globalización económica* (Observatorio Ciudadano- IWGIA 2013).

pesar de que sigue siendo negado por las empresas forestales. Así, hoy son muchas las comunidades que deben ser abastecidas de agua de dudosa calidad por los municipios. Solo en La Araucanía se estima que el 10,6% del total de la población regional, 92.461 personas, particularmente en áreas rurales en que la población mapuche es predominante, es abastecida de agua mediante camiones aljibe¹⁰.

En el caso de las hidroeléctricas, a nivel del país estas hoy detentan más del 85% de los derechos no consuntivos de aprovechamiento de aguas superficiales, entre estos destaca el caso de ENDESA, la que posee el 81% de los derechos, siendo el 19% restante distribuido entre compañías eléctricas menores, especuladores y compañías de la industria y la pesca¹¹.

De acuerdo a la información disponible en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)¹², actualmente en las regiones de La Araucanía y Los Ríos existen 30 proyectos hidroeléctricos aprobados con calificación ambiental y 3 en calificación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), los que se ubican principalmente en las cabeceras de cuencas, los lugares donde nacen los ríos en las zonas cordilleranas.

Por otra parte, de acuerdo a la información proporcionada por la SEREMI de Energía de la Región de La Araucanía¹³, en la región existen 36 proyectos hidroeléctricos que están en carpeta actualmente, de los cuales 9 se encuentran en etapa de prefactibilidad, 18 proyectos están en búsqueda de licencia ambiental, 3 centrales están en construcción y 6 minihidráulicas de pasada se han construido desde la llegada de la Seremi de Energía. A ello se suman 19 proyectos energéticos 16 de los cuales son eólicos y 3 por biomasa.

10 Organización Nacional de Emergencia (2016), en Red por la Defensa de los Territorios, "Informe inédito enviado a Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento" Temuco, 7 de abril de 2017.

11 Chile Sustentable, "El Agua en Chile: Entre las reglas del mercado y los derechos humanos", año 2005, pág.7. Disponible en: http://www.chilesustentable.net/wp-content/uploads/2011/07/El-agua-en-Chile-entre-las-reglas-del-mercado-y-los-derechos-humanos-Cartilla_Agua2.pdf

12 Consultada el día 30 de octubre de 2017 en el link: <http://www.seia.sea.gob.cl/>

13 Información disponible en el link: <http://www.terram.cl/2016/09/36-proyectos-hidroelectricos-estan-en-carpeta-en-la-region-de-la-araucania/>

La mayoría de estos proyectos se emplazan en territorios que forman parte del hábitat ancestral y actual de comunidades mapuche, generando diversas formas de afectación como: la alteración de los ecosistemas, la amenaza de importantes lugares sagrados de alta religiosidad y espiritualidad del pueblo mapuche, contaminando gravemente los cursos de aguas y afectando el acceso a éstas, desconociendo los sistemas productivos propios de estos territorios y sus comunidades y, en definitiva, vulnerando su derecho a definir sus propias prioridades en materia de desarrollo, consagrado en el artículo 7.1 de Convenio 169 de la OIT. Todo esto ha generado que dichos proyectos sean rechazados ampliamente por las comunidades. Por otra parte, el Código de Aguas no ha sido adaptado al Convenio 169 de la OIT, desconociendo a los pueblos indígenas el derecho sobre los recursos naturales de propiedad ancestral que se emplazan en sus territorios, y además se permite la constitución de Derechos de Aprovechamiento sin consultar a los pueblos indígenas.

A continuación se revisará algunos casos de proyectos de inversión que dan cuenta de las diversas afectaciones que implica para el pueblo mapuche la utilización de las aguas que se encuentran en sus tierras y los territorios de propiedad legal y/o ancestral del pueblo mapuche.

2.1. Proyecto CH Añihuerraqui

El proyecto “Central Hidroeléctrica Añihuerraqui” del titular GTD Negocios S.A, ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) por vía de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA)¹⁴, con un monto de inversión de 22 millones de dólares, consiste en la construcción y operación de una central hidroeléctrica de pasada cuya operación generaría una potencia de 9 MW, utilizando para ello el agua extraída del estero *Añihuerraqui* (conocido por las comunidades mapuche del territorio como *Pichi Trankura*). El proyecto se localiza en el sector Trancura distante a 7 km del área urbana de la comuna de Curarrehue, Provincia de Cautín. El estero *Añihuerraqui* se encuentra en medio de las comunidades mapuche Camilo Coñoquir Lloftonekul y Camilo Coñoquir, las que realizan usos ceremoniales y productivos sobre dicho estero. Además, existen sitios de significación cultural tales como: *Eltuwe*, un *Gillatuwe*, los cerros *Peñewe* y *Pünowemanke*, y el mismo estero *Pichitrnkura*, además de áreas de recolección de plantas medicinales,

14 Expediente de evaluación ambiental disponible en el link: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=7564864

que se verían intervenidos por la ejecución del proyecto, lo que genera una seria afectación a los derechos religiosos de las comunidades del territorio.

Durante la tramitación ambiental del proyecto, producto de las afectaciones que implica el proyecto para las comunidades mapuche, se dio inicio a un proceso de consulta indígena (PCI). Durante dicho proceso también se visibilizaron impactos que no habían sido considerados durante la tramitación ambiental del proyecto. Es así como las organizaciones consultadas establecen que el proyecto EIA “Central Hidroeléctrica Añihuerraqui” genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres en su dimensión socioeconómica, toda vez que la construcción e instalación del proyecto afectaría significativamente el sistema de producción local, el que se sustenta en el desarrollo de turismo de intereses especiales, vinculado principalmente con la explotación de la belleza natural, cultural y paisajística del *Trankura*, mediante caminatas por el entorno y actividades que se desarrollan en completo respeto y armonía con el territorio.

El PCI, concluyó con la suscripción del Protocolo Final de Consulta, documento a través del cual las organizaciones consultadas *“manifiestan de manera explícita e inequívoca su voluntad de no entregar su consentimiento a la instalación de dicho proyecto, por cuanto éste significa una seria afectación y amenaza a sus sistemas de vida y costumbres, y de sus derechos territoriales”*. Las organizaciones consultadas explicitan además sobre las medidas de mitigación, reparación y/o compensación propuestas por el titular respecto a la afectación de los sitios de significación cultural que: *“Se analizaron las medidas propuestas por el titular y conforme las consideraciones de las Organizaciones consultadas, se establece que para este impacto no existen medidas que permitan mitigar, compensar y/o reparar estas afectaciones de carácter cultural, dado que estos espacios se constituyen como Sitios de Significación Cultural de acuerdo a la indagatoria realizada en el territorio por el antropólogo especialista que se encuentra apoyando y asesorando a las organizaciones consultadas. Las Organizaciones consultadas señalan que por tratarse de lugares y espacios sagrados, en la cosmovisión local no se concibe intervención sobre los mismos. Esta topografía se articula ceremonialmente al Gillatuwe local. Por lo expuesto, no se llega a acuerdo entre las partes en las medidas establecidas para este impacto”*¹⁵.

15 Protocolo final del Proceso de Consulta Indígena desarrollado en el marco de la Evaluación de impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Añihuerraqui entre el lof Trancura, la comunidad indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, en el

Consecuentemente, el resultado final del PCI, fue que la afectación del proyecto sobre el patrimonio cultural y religioso del *Lof Trankura* es inmitigable, irreparable e incompensable, por lo cual no existen medidas que lo satisfagan. Dicha apreciación fue respaldada por los organismos técnicos competentes como son CONADI y la Municipalidad de Curarrehue.

Pese a ello, el proyecto fue aprobado, aduciendo el SEA que las medidas alcanzadas por el titular con los otras comunidades consultadas (las que no tienen participación en el *guillatwe*) eran suficientes. Dicha situación implica una seria vulneración a los derechos culturales y religiosos de las comunidades mapuche del *Lof Trankura*, ya que se amenaza seriamente su principal sitio de significación cultural, lo que deja en evidencia que el Estado no ha cumplido con su rol de proteger los derechos humanos, ya que mediante la aprobación de este proyecto permite una vulneración de tales derechos.

2.2. Doña Alicia

El proyecto “Central Hidroeléctrica Doña Alicia” fue ingresado al SEIA en el año 2013¹⁶. Consiste en la construcción y operación una central hidroeléctrica de paso en el río Cautín, con una potencia de generación neta de 6,3 MW bajo un caudal de diseño de 18,56 m³/segundo, según derechos de aguas otorgados por la Dirección General de Aguas. El objetivo del proyecto es generar energía eléctrica para el Sistema Interconectado Central, donde las obras principales consisten en una bocatoma con escalera de peces y pasada de embarcaciones, canal y tubería de aducción enterrado, cámara de carga, tubería a presión enterrada, sala de maquinas en falsa caverna y obras de descarga. Además, el proyecto generaría en el sector de la bocatoma un embalsamiento sobre el lecho del río de 1,3 hectáreas.

Sin embargo, principalmente debido a sus deficiencias, la incongruencia del proyecto con los instrumentos de planificación territorial de la comuna y la insuficiencia de las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas por el titular

Consejo de Medio Ambiental y Cultural Lof Trankura y el Servicio de Evaluación Ambiental Región de La Araucanía, pág. 32. Disponible en el link: http://seia.sea.gob.cl/archivos/2015/01/27/PCI_Camilo_Conoequir_LLoftunekul.pdf

16 Expediente de evaluación ambiental disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=2128646532

respecto a los impactos al valor paisajístico y en especial a la actividad turística, la Comisión de Evaluación Ambiental de la Araucanía decidió rechazarlo.

Pese a lo anterior, y producto de recursos posteriores impetrados por el titular del proyecto, el proyecto Doña Alicia fue aprobado por el Comité de Ministros, desconociendo la importancia de los instrumentos de ordenamiento territorial (PLADECO y PLADETUR) manifestando que éstos no son vinculantes. Todo esto levantó sospechas sobre el rol de dicho organismo en la protección del medioambiente, al punto de que la Cámara de Diputados decidió abrir una comisión investigadora para evaluar si el procedimiento por el cual se aprobó este proyecto se ajustó a criterios técnicos, o fue determinado por otras consideraciones. El caso fue presentado por vía de Recurso de Reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia¹⁷ por parte de las organizaciones ciudadanas de Curacautín y las comunidades mapuche del territorio, las que argumentaron no haber sido considerada en la evaluación ambiental del proyecto y, por lo tanto, no haber sido dimensionados los impactos que éste les generaría. El Tribunal Ambiental acogió el argumento expuesto por las comunidades mapuche por cuanto en la evaluación ambiental del proyecto no se consideraron los impactos que les generaría, por lo cual la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto fue dejada sin efecto. Ante dicha resolución tanto el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) como el titular del proyecto presentaron recursos de reclamación ante la Corte Suprema¹⁸ los cuales aún se encuentran a la espera de ser resueltos.

3. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE AGUAS

La insostenible situación del marco regulatorio del agua en Chile llevó a que el año 2011 por iniciativa de un conjunto de parlamentarios de diversos sectores políticos se iniciara la tramitación en el Congreso de un proyecto de Ley que busca reformar el Código de Aguas (Boletín 7543-12), dicho proyecto fue aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados con fecha 22 de noviembre de 2016¹⁹. En la actualidad se encuentra en Segundo Trámite Constitucional en el Senado. Ya fue revisado por la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación del Senado²⁰, y actualmente,

17 Causa Rol: 38-2016.

18 Causa Rol: 3971-2017.

19 <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=12203%20&prmTIPO=TEXTOSesion>

20 El proyecto que incorpora la indicaciones de dicha Comisión es analizado en el

a la fecha de esta publicación, se encuentra en conocimiento de la Comisión de Agricultura.

Este proyecto de Ley, incorpora una serie de reformas que avanzan hacia un mejoramiento del modelo en miras de permitir el acceso al agua. Pese a ello, su principal problema radica en que no se afectan los derechos ya otorgados, salvo las limitaciones que se le imponen a estos, y que en general la propuesta rige para los derechos remanentes, esto es el 10% de los superficiales y el 40% de los subterráneos.

Pero claramente el proyecto revierte a futuro, para estos derechos, el foco neoliberal al declararlo derecho humano, eliminando el dominio de los particulares sobre las aguas, al reforzar su carácter de bien público y limitar los derechos privados.

Las principales medidas que contempla el proyecto tienen relación con:

a. El Agua como Derecho Humano

En lo relativo a las funciones prioritarias del agua se reconocen: *el consumo humano y saneamiento para la subsistencia, preservación eco sistémica o las productivas*²¹. Además, se estableció un reconocimiento prioritario para los usos del agua en favor del *consumo humano, de subsistencia y el saneamiento*²², tanto para efectos de otorgar un derecho de aprovechamiento como para limitar el ejercicio del derecho que no puede ser otorgado a otros usos²³.

Sin embargo la función ecosistémica, no fue reconocida con dicha prioridad. Solo se otorgan facultades a *la autoridad para velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas*²⁴.

presente documento.

21 Inciso 1° Artículo 5 bis, boletín 7543-2012.

22 En el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados se establecía: “el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento”, redacción que fue reemplazada por la Comisión de Recursos Hídricos eliminando la frase “el uso doméstico”

23 Inciso 2° Artículo 5 bis, boletín 7543-2012.

24 Inciso 3° Artículo 5 bis, boletín 7543-2012.

Cabe hacer presente que se omite el reconocimiento de los usos culturales y sociales del agua, quedando fuera del orden de preferencia los derechos de propiedad ancestral de los pueblos indígenas al agua y, en general, los usos tradicionales.

Un avance importante dice relación con la facultad del Estado para constituir, excepcionalmente, reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, es decir, de aguas que no han sido constituidas como Derechos de Aprovechamiento a terceros, con la finalidad de asegurar el ejercicio de las distintas funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica²⁵. Estas aguas pueden ser concesionadas *a prestadores de servicios sanitarios para garantizar el consumo humano y el saneamiento*, con la única salvedad que esta entrega de aguas será considerada *como costo igual a cero* para el cálculo tarifario²⁶.

b. Protección de las Aguas Indígenas

El proyecto de ley contempla un avance en el reconocimiento de las aguas indígenas, a través de los artículos 5, 129 bis 9 y 1° transitorio.

En primer término, se consagra un imperativo para el Estado, relativo al reconocimiento de los territorios indígenas en los siguientes términos: *En el caso de los territorios indígenas, el Estado velará por la integridad entre tierra y agua y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas de acuerdo a las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*²⁷.

Si bien, hay un avance en el reconocimiento de la aguas indígenas, la propuesta no excluye los territorios indígenas del régimen privatista de los derechos de aprovechamiento de aguas ya constituidos bajo la figura actual del Código de Aguas. Por otra parte, se mantiene el mecanismo de regularización de las aguas de usos consuetudinario indígena establecido en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas de 1981, por medio del cual las comunidades indígenas y sus miembros no tienen plazo para regularizar o constituir Derechos de Aprovechamiento sobre las aguas que han usado en forma tranquila e ininterrumpida por más de cinco años. En el caso de las comunidades y personas indígenas no se establece un plazo

25 Inciso 1° Artículo 5 ter., boletín 7543-2012.

26 Inciso 1° Artículo 5 ter., boletín 7543-2012.

27 Inciso final, Artículo 5, boletín 7543-2012.

para materializar su derecho a regularizar los usos consuetudinarios²⁸, situación que contrasta con el derecho que en estas mismas condiciones se les reconoce a usuarios tradicionales y comunidades campesinas, quienes cuentan con un plazo de 18 meses y cinco años, respectivamente, para regularizar sus derechos consuetudinarios.

La reforma exige a los pueblos indígenas de la obligación de pagar patentes por no uso de las aguas, de modo que pueda ejercer Derechos de Aprovechamiento sobre aguas que cumplen funciones ambientales o culturales, sin que tengan que pagar patente porque no hacen aprovechamiento productivo de las aguas y subordinados a una amenaza de caducidad de su derecho por esta misma causa²⁹.

c. Protección de las funciones ambientales del agua

El proyecto de reforma reitera que el agua es un “bien nacional de uso público” y extiende esta noción al agua en todos sus estados (líquido, sólido y gaseoso). En este marco, se confiere una especial protección a los glaciares, respecto de los cuales se prohíbe la constitución de Derechos de Aprovechamiento³⁰.

En el proyecto de reforma, se establece la prohibición de *otorgar Derechos de Aprovechamiento en las áreas protegidas declaradas Parques Nacionales y Reservas de Región Virgen, Reservas Nacionales, Santuarios de la Naturaleza, Monumentos Naturales y Humedales de Importancia Internacional*, se permite la constitución de Derechos de Aprovechamiento en la medida que guarden consistencia con el objeto de la categoría del área protegida y con su respectivo plan de manejo, circunstancia que será determinada previo informe del Ministerio de Medio Ambiente³¹.

Estas áreas, todas sin excepción, requieren de los recursos hídricos para garantizar su sustentabilidad y la preservación de los ecosistemas que han motivado su adscripción a un régimen especial de protección jurídica. El objetivo de estas áreas protegidas es precisamente preservar la biodiversidad de estos espacios y limitar el uso extractivo de los recursos naturales priorizando las funciones ambientales

28 Inciso tercero, Artículo 1° transitorio, boletín 7543-12.

29 Artículo 129, bis 9, boletín 7543-12.

30 Artículo 5, incisos 1°, 2° y 3°, boletín 7543-12.

31 Inciso tercero, Artículo 129 bis 2 boletín 7543-12.

de un modo consistente con los tratados internacionales que las regulan y una concepción amplia de áreas protegidas.

Se establecen normas de protección de vegas y bofedales en el norte del país, que sean determinadas por la DGA. También, respecto a humedales degradados o en grave riesgo ambiental situación que debe ser declarada por el Ministerio del Medio Ambiente³².

Finalmente, se establecen la preeminencia de criterios ambientales para fijar caudales ecológicos y se dispone la reducción de Derechos de Aprovechamiento constituidos, incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, para garantizar un mínimo caudal ecológico de acuerdo a lo establecido en el artículo 129 bis 1 del proyecto.

d. Caducidad del Derechos de Aprovechamiento y sus limitaciones derivadas de las funciones prioritarias del Agua

Un avance sustancial del proyecto de Reforma dice relación con la modificación de la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas a ser otorgado a futuro, eliminando el dominio de los particulares sobre éstos. El derecho de aprovechamiento se transforma en un derecho de uso y goce de carácter temporal, y la concesión de uso será de 30 años, sometido a una regla de caducidad. Se hace evidente que su constitución obedece a un “interés público” y que, no obstante, pueden ser limitados en su ejercicio para satisfacer las funciones prioritarias del agua³³.

Caben dudas, sin embargo, sobre la eficacia de esta norma. Ello por cuanto se ha dispuesto en la reforma que *la duración del derecho de aprovechamiento siempre se prorrogará, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso*³⁴ Esta norma restringe las facultades de la administración para asignar el agua una vez caducada la concesión a usos más beneficiosos o a la satisfacción de las funciones prioritarias, ya que impone a la autoridad la obligación de prorrogar la concesión *a menos que pruebe que no se hace uso efectivo del recurso*. El objetivo que persigue la regla de caducidad del derecho es precisamente que la autoridad

32 Artículo 58, boletín 7543 - 12.

33 Inciso 1°, Artículo 6, boletín 7543 - 12.

34 Inciso 2°, Artículo 6, boletín 7543 - 12.

mantenga potestades de gestión sobre las aguas, que impone el interés general y a la que, conforme a su naturaleza jurídica, deben responder los bienes nacionales de uso público.

Además, el artículo primero transitorio del mismo instrumento dispone que los Derechos de Aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, seguirán estando vigentes y que si bien el ejercicio de dichos derechos estará sujeto a las limitaciones y restricciones que, en virtud de esta ley, se disponen en razón del interés público, no operará respecto de estos la regla de caducidad. Ello resulta problemático, ya que como se señalara anteriormente, las disposiciones sobre caducidad solo se aplicarían al 10% de las aguas superficiales y al 40% de las aguas subterráneas que no han sido otorgadas.

Del análisis de las normas de caducidad se puede desprender que el modelo privatista de las aguas se mantiene vigente para los derechos de aprovechamiento ya otorgados, y que las facultades que se otorgan al Estado para impedir la proyección en el tiempo de los nuevos derechos, son limitadas. Si bien la reforma al Código de Aguas pone fin a la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas y establece la temporalidad del derecho, genera mecanismos legales que siguen permitiendo la perpetuidad del derecho de aprovechamiento de aguas. Ello se desprende de la obligatoriedad de prórroga en caso de que los titulares de las concesiones hagan uso efectivo del recurso hídrico y la inaplicabilidad de la regla de caducidad a derechos de aprovechamiento de aguas constituidos con anterioridad a la vigencia de la reforma. De esta manera la reforma no afecta la garantía constitucional que confiere a los particulares la propiedad sobre estos últimos derechos de aprovechamiento de aguas.

4. CONTEXTO ACTUAL

Producto de las reformas, los gremios productivos del país han iniciado una potente campaña comunicacional en contra de la reforma del Código de Aguas, argumentando que ésta es una expropiación a sus derechos de agua y que significaría una seria amenaza para la productividad del país³⁵. Por otra parte, existe un riesgo

35 Como se puede ver en las siguientes publicaciones: <http://www.aminera.com/2017/03/13/la-reforma-al-codigo-aguas-atentara-derecho-propiedad/>
<http://www.revistagua.cl/2017/05/29/masivo-acto-san-fernando-reforma-al->

en que los pequeños avances logrados hasta el momento puedan ser revertidos en la Comisión de Agricultura del Senado, en la cual los gremios productivos podrían lograr una mayor receptividad.

Por otra parte, las organizaciones ambientalistas que han monitoreado y liderado el proceso de la reforma del Código de Aguas, han manifestado su preocupación porque la tramitación del proyecto se vea dilatado de manera deliberada por el Gobierno hasta después de las elecciones presidenciales³⁶. En este rol de monitoreo ha sido importantísimo el trabajo desarrollado por la ONG ChileSustentable³⁷, que a través de su programa de seguimiento Legislativo “Ojo con el Parlamento”³⁸ ha desarrollado una constante labor de seguimiento e incidencia en la tramitación Legislativa del proyecto de Reforma del Código de Aguas. Sumado a ello, es importante dar cuenta de los diversos actores sociales que han visibilizado los distintos conflictos socioambientales que ha generado el régimen de recursos hídricos imperante en Chile producto del Código de Aguas vigente. Desde esa perspectiva el trabajo desarrollado por el Movimiento de Defensa por el acceso al Agua, la Tierra y la protección del Medio ambiente (MODATIMA)³⁹ ha sido emblemático, así como también el de referentes de coordinación de diversos actores territoriales en luchas por el agua como la Coordinadora por la Defensa el Agua y la Vida⁴⁰ y el Movimiento por el agua y los Territorios (MAT)⁴¹, todos actores que han puesto el sustento social y de movilización ciudadana para incidir en los cambios legislativos que reestructuren el marco regulatorio del agua en Chile.

Otro tema relevante respecto al proyecto de ley es que si bien éste contempla un avance en el reconocimiento de derechos para los pueblos indígenas en relación con el agua y el acceso a ésta, el proyecto no ha sido sometido a la consulta indígena contemplada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que considera

[codigo-aguas-debate-congreso/](#)

<http://www.elmercurio.com/blogs/2017/03/23/49776/Proyecto-reforma-al-Codigo-de-Aguas-en-el-Senado.aspx>

36 <http://www.chilesustentable.net/reforma-al-codigo-de-aguas-en-el-congelador-una-nueva-claudicacion/>

37 <http://www.chilesustentable.net/>

38 <http://www.ojoconelparlamento.cl/>

39 <http://modatima.cl/>

40 <http://www.derechoalagua.cl/>

41 <http://olca.cl/articulo/nota.php?id=106969>

que deben ser consultadas las medidas administrativas que generen susceptibilidad de afectación a los pueblos indígenas. Es más, la participación indígena en la tramitación legislativa de la reforma ha sido muy limitada, lo que sin lugar a duda genera un gran desafío para los pasos siguientes en la tramitación del proyecto⁴².

Por último, si bien las reformas legislativas en materia de recursos hídricos pueden significar un avance, siempre encontrarán como piedra de tope el marco de protección de los Derechos de Aprovechamiento dado por la regulación del derecho de propiedad en la Constitución de 1980, ya que es éste el que blinda el sistema de Derechos de Aprovechamiento ya constituidos, impidiendo que éstos sean devueltos al patrimonio del Estado. Desde ese punto de vista, sigue siendo fundamental derribar el marco constitucional de enfoque neoliberal impuesto por la dictadura, para construir como país una nueva Constitución que reconozca el agua como un derecho humano, inapropiable por los privados en su condición de bien común a todos y todas. Ese es el principal desafío que debemos enfrentar.

42 Han existido instancias en las que se ha dado a conocer a organizaciones mapuche el estado de tramitación del Proyecto de Ley de Reforma del Código de Aguas, como es el caso del Seminario Taller realizado por el Observatorio Ciudadano el día 6 de septiembre en Temuco, en el que la Directora de ChileSustentable, Sara Larraín expuso sobre el Proyecto de Ley y su contenido a diversos dirigentes mapuche que participaron de la actividad.

LAS INICIATIVAS DE CONSERVACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES LOCALES Y EL PROYECTO DE LEY QUE CREA EL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS

*Felipe Guerra**

1. INTRODUCCIÓN

Los modelos de conservación de la naturaleza y las áreas protegidas que conocemos, tienen sus orígenes en los procesos de consolidación de los Estados coloniales, los cuales se establecieron desconociendo los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas y las comunidades locales que les preexistían¹. Durante los procesos de conformación de los Estados modernos, los gobiernos reclamaron para

* Abogado del Área Jurídica del Observatorio Ciudadano.

1 Este fue el modelo promovido por los Estados Unidos de América cuando se crearon las primeras zonas protegidas “modernas” en 1872 -Parque Nacional Yellowstone- y 1890 -Parque Nacional Yosemite-, las que supusieron la expulsión violenta de las comunidades indígenas que vivían en ellas y dependían de los recursos naturales existentes en dichas áreas. Tal como destaca la actual Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpus (2016), este enfoque estuvo influido por la idea de que los parques eran “zonas silvestres” vírgenes, deshabitadas y sin uso, y por tanto la presencia de los pueblos indígenas era considerada como incompatible. Las ideas subyacentes al establecimiento de esas zonas protegidas eran que debían ser creadas y administradas por los Estados, que su objetivo debía ser preservar estrictamente la naturaleza y que para gestionarlas era necesario que estuvieran deshabitadas o que sus recursos naturales no fueran utilizados por las personas (Diegues, 2010).

sí importantes extensiones de tierras, sin tener en cuenta los derechos vigentes de propiedad y uso tradicionales con arreglo a la tenencia consuetudinaria. Esas tierras fueron dadas a nuevos propietarios y colonos, y otras porciones fueron reservadas para fines de conservación, procesos que acontecieron simultáneamente (Tauli-Corpus, 2016).

Chile no estuvo ajeno a esta tendencia. Desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, momento de expansión de las fronteras estatales hacia el norte y sur, el Estado chileno comienza a crear áreas de conservación bajo el nombre de “Reservas Forestales”. En 1907, se dicta a través del Ministerio del Interior el Decreto Supremo N° 1.540, mediante el cual se crea la primera Reserva Fiscal en Malleco. Desde entonces, y hasta 1913, el fisco constituyó las reservas forestales de Tirúa, Alto del Bío-Bío, Villarrica, Llanquihue, Petrohué, Puyehue y Chiloé, todas en territorios de ocupación y uso ancestral del pueblo mapuche, con un total de 600.000 hectáreas repartidas entre las ciudades de Concepción y Puerto Montt. La anterior es una superficie no menor, si se compara con las 407.695 ha divididas en 2.318 títulos de merced que el Estado de Chile reconoció al pueblo mapuche en el proceso de radicación desarrollado entre 1880 y 1927 (Arce et. al., 2016).

Sin perjuicio de esto, en los últimos años han comenzado a surgir nuevos enfoques en materia de conservación de la biodiversidad, que sostienen que los ecosistemas no pueden ser comprendidos, conservados o manejados sin reconocer cómo las culturas humanas, y en particular los pueblos indígenas y comunidades locales, los han influenciado y, en múltiples casos, modelado. Lo anterior ha generado un cambio importante en los impulsos de conservación a nivel internacional, evidenciándose que muchos ecosistemas que a simple vista parecen intocados o jamás intervenidos por el ser humano, han estado desde tiempos inmemoriales sujetos a prácticas de manejo sofisticadas que han permitido su conservación. Esto ha permitido reconocer la interdependencia entre la diversidad biológica y la cultural, siendo ambas cruciales para asegurar la resiliencia de los sistemas sociales y ecológicos en una era de dramático cambio global y dando lugar a lo que se ha conceptualizado como *conservación de la diversidad biocultural* (Borrini-Feyerabend, et al., 2010).

En ese contexto, el reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos y la revisión de las directrices internacionales en materia de conservación, han determinado la introducción de cambios sustanciales en el entendimiento que los distintos pueblos tienen

de la relación entre conservación y pueblos indígenas (Arce et. al., 2016). Dichos cambios han apuntado, fundamentalmente, hacia el reconocimiento de las formas propias en que muchos pueblos indígenas y comunidades locales han conservado la biodiversidad, y a reparar las injusticias históricas que han sufrido producto del desarrollo de iniciativas de conservación en sus territorios sin su participación y consentimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la relación entre los pueblos indígenas, las comunidades locales y la conservación ha sido un tema, hasta hace poco, apenas abordado en Chile. A pesar de la escasa información existente, estudios recientes han logrado documentar una gran variedad de situaciones donde comunidades indígenas y locales se encuentran en relación con la conservación en el país (Arce et. al., 2016). Así, se han identificado casos donde el Estado ha creado Áreas Silvestres Protegidas sobre territorios de pueblos indígenas, en su mayoría sin su consentimiento libre, previo e informado, sin incorporar formas de participación en la administración y desconociendo sus prácticas tradicionales y formas de vida vinculadas a la biodiversidad presente en su hábitat. En otros casos, si bien el Estado ha creado Áreas Silvestres Protegidas sobre territorios de pueblos indígenas sin su consentimiento, se han establecido acuerdos de co-manejo o gobernanza compartida entre estos pueblos y el Estado. También existen territorios, áreas, ecosistemas o sitios naturales sagrados que son conservados voluntariamente por comunidades indígenas o locales y que no cuentan con ninguna forma de protección y reconocimiento estatal, lo que los hace particularmente vulnerables. Finalmente, se han identificado situaciones en las que iniciativas de conservación privada se superponen con territorios indígenas y de comunidades, estas han sido conformadas sin el consentimiento de los pueblos afectados y que pueden restringir sus usos tradicionales del territorio.

A nivel internacional, se ha acuñado el concepto de “territorios y áreas conservadas por pueblos indígenas y comunidades locales” (TICCA o ICCA por sus siglas en inglés) para referirse a una gran diversidad de iniciativas de conservación realizadas por los pueblos indígenas y comunidades locales en sus territorios. Cabe mencionar que se trata de un término que ha sido utilizado solo con el propósito de facilitar la comunicación entre diferentes lenguas y culturas (Arce et. al., 2016).

También, en el plano internacional, las políticas y programas, particularmente los de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), animan hoy a todos los países a garantizar los

derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales en las políticas y programas de conservación de la biodiversidad, y alientan a que se reconozcan y apoyen los TICCA como ejemplos de gobernanza efectiva de la diversidad biocultural.

Estos territorios o áreas han sido definidos por Borrini-Feyerabend, (Borrini-Feyerabend *et al.*, 2004) -definición que ha sido recogida por la UICN (Borrini-Feyerabend, *et al.*, 2010)-, como: “ecosistemas naturales y/o modificados, que contienen valores de biodiversidad significativos, beneficios ecológicos y valores culturales voluntariamente conservados por pueblos indígenas y comunidades locales, tanto sedentarias como móviles, a través de leyes consuetudinarias u otros medios efectivos” (p. 3).

En este sentido, los TICCA comprenden tanto casos de mantenimiento, resurgimiento o modificación de prácticas tradicionales, algunas de las cuales son muy antiguas en su origen, así como nuevas iniciativas, tales como restauración y usos innovadores de los recursos usados por comunidades para enfrentar nuevas oportunidades y amenazas (Borrini-Feyerabend, *et al.*, 2010).

Sin perjuicio de la gran diversidad de situaciones que se han identificado como TICCA, de acuerdo a Borrini-Feyerabend, estas formas propias de conservación de los pueblos indígenas y comunidades locales comparten al menos tres características comunes: a) la existencia de un pueblo o una comunidad que posee una estrecha y profunda relación con un lugar (territorio, área, hábitat de una especie, sitio sagrado); b) el pueblo o la comunidad es el actor principal en la toma de decisiones respecto del manejo del lugar y/o las especies, lo que implica que una organización local tiene la capacidad de desarrollar y hacer cumplir las decisiones; y c) las decisiones y los esfuerzos de manejo del pueblo o la comunidad dan como resultado la conservación del territorio, de los hábitats, especies, de la diversidad biológica y genética, de las funciones y los beneficios ecológicos y los valores culturales asociados, incluso cuando el objetivo consciente de manejo no es la conservación (por ejemplo, los objetivos pueden ser el sustento, la seguridad, la espiritualidad, la salvaguarda de lugares culturales y sagrados, entre otros).

En el caso de las formas de conservación propias de los pueblos indígenas, estas tres características encuentran su fundamento y correlato en el reconocimiento internacional de los derechos ambientales indígenas, evolución que se ha generado, fundamentalmente, durante las últimas tres décadas. Sin embargo, lo anterior no ocurre en el caso de las formas de conservación propias de las comunidades locales,

las cuales no tienen un acervo codificado de derechos específicos que garanticen sus formas de vida y costumbres, ni tampoco su relación especial con los territorios que ocupan o utilizan de una u otra manera. Sin perjuicio de esto, las directrices internacionales en materia de conservación y, más recientemente, el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sano, John Knox (2017), recomiendan a los Estados el reconocimiento de las formas y esfuerzos de conservación de los pueblos indígenas y comunidades locales en un plano de igualdad, en el entendido de que ambos grupos mantienen formas de vida y culturas que dependen de la conservación de los bienes naturales comunes presentes en sus tierras y territorios.

2. EL PROYECTO DE LEY PARA LA CREACIÓN DEL SERVICIO DE BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS (BOLETÍN N° 9.404-12)

En junio de 2014, el gobierno de Michelle Bachelet envió al Senado un proyecto de ley para la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP) y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP) (Boletín N° 9.404-12).

De acuerdo a lo consignado en el propio mensaje que acompaña al proyecto de ley, este tiene por finalidad cumplir con el rediseño de la institucionalidad ambiental establecido en la Ley N° 20.417. Además, dicha iniciativa legislativa formaba parte de las 50 medidas comprometidas para los primeros 100 días de su gobierno y vino a sustituir a aquel presentado en marzo de 2011 por el gobierno de Sebastián Piñera (Boletín 7487-12), cuya tramitación legislativa estaba paralizada.

Cabe destacar que ambas iniciativas legislativas fueron ingresadas al Congreso Nacional sin haber realizado un proceso de consulta indígena previa, aun cuando contenían normas que afectaban las condiciones de vida, subsistencia territorios y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Como señalamos en su oportunidad, el proyecto adolecía de serias limitaciones desde la perspectiva de los derechos humanos, así como desde la perspectiva de las directrices internacionales de conservación. En efecto, el proyecto desconocía la estrecha relación que existe entre la conservación de la diversidad biológica y los sistemas de vida tradicionales de muchas comunidades locales y pueblos indígenas. Junto a ello, el proyecto no se hacía cargo de las causas de la destrucción de la biodiversidad en el país, las cuales están relacionadas con un modelo de desarrollo que se basa en la extracción y

explotación de recursos naturales. Tampoco se hacía cargo de la sobreposición de áreas protegidas con tierras y territorios de los pueblos indígenas y de la necesidad de que estas sean establecidas con la consulta y consentimiento de estos pueblos. Finalmente, se enfocaba en la conservación pública y privada sin considerar las formas de gobernanza de áreas protegidas por los mismos pueblos y comunidades indígenas. El proyecto, además, fue ingresado a tramitación legislativa sin un proceso previo de consulta a los pueblos indígenas, consulta que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT constituye un deber del Estado cuando se adoptan medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, como es el caso de esta iniciativa legal.

El proyecto de ley enviado por el gobierno de Michelle Bachelet (único que actualmente continúa con su tramitación legislativa), consta de 121 artículos divididos en 6 Títulos y once disposiciones transitorias. En el Título I sobre “Disposiciones Generales” se precisa el objeto del proyecto de ley, se establecen los principios que regirán las políticas, planes, programas, normas y acciones que se realicen en el marco de la presente ley y se definen conceptos básicos. En el Título II, denominado “Del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas”, se crea el SBAP, regulándose entre otras cosas sus características, objeto, atribuciones, orgánica y régimen del personal. En el Título III, denominado “Del Sistema Nacional de Áreas Protegidas”, establece del SNAP y sus categorías de protección, desarrollando, en otras cosas, la forma de creación y modificación de las Áreas Protegidas del Estado, su administración, planes de manejo y establece un régimen de concesiones y permisos dentro de las Áreas Protegidas del Estado así como de las Áreas Protegidas de propiedad privada. El Título IV, sobre “Instrumentos de Conservación de la Biodiversidad”, instauro y regula de manera somera otros instrumentos de gestión para la conservación de la biodiversidad del país distintos de las áreas protegidas, entre los que destacan los inventarios de ecosistemas y especies, los sitios prioritarios para la conservación, los planes de restauración de ecosistemas degradados o amenazados, los planes de recuperación, conservación o gestión de especies, el Fondo Nacional de la Biodiversidad e instrumentos económicos de conservación de la biodiversidad, entre otros. El Título V instauro un régimen de fiscalización, infracciones y sanciones a cargo del SBAP, distinguiendo entre infracciones cometidas dentro y fuera de las áreas silvestres protegidas, categorizando dichas infracciones entre gravísimas, graves o leves para efectos de la aplicación de las sanciones. Finalmente, el Título VI establece disposiciones que modifican otros cuerpos legales.

3. PROPUESTA DE INDICACIONES DE ORGANIZACIONES DE PUEBLOS INDÍGENAS Y DE LA SOCIEDAD CIVIL AL PROYECTO DE LEY Y LA DECISIÓN DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE DE INICIAR UN PROCESO DE CONSULTA

Frente al ingreso por parte del Ejecutivo del proyecto de ley para la creación del SBAP y el SNAP (Boletín N° 9.404-12), en mayo de 2015, miembros y representantes de organizaciones de pueblos indígenas de la sociedad civil elaboraron un documento con propuesta de indicaciones a esta iniciativa parlamentaria, exigiendo el inicio de un proceso de consulta indígena². Dicho documento fue presentado tanto al Ministro de Medio Ambiente como a diversos parlamentarios. Muchas de las propuestas de modificación contenidas en este documento fueron incorporadas por diversos senadores a través de indicaciones a la tramitación del proyecto de ley ante la Comisión de Medio Ambiente del Senado³ (Boletín de indicaciones del 29 de mayo, 2015).

A partir de lo anterior, durante enero de 2016 el Ministerio del Medio Ambiente hizo pública su decisión “de iniciar un proceso de consulta indígena respecto de materias que conformarán futuras indicaciones del Poder Ejecutivo al Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas” (Resolución exenta N° 5, de 8 de enero de 2016), quedando suspendida la tramitación del proyecto de ley en el Congreso. De acuerdo a dicha Resolución, dentro de las materias que –a juicio del Ejecutivo– resultaba indispensable consultar, se identificaban “lo referido a Sitios Prioritarios, Instrumentos de conservación de ecosistemas, Instrumentos de conservación de especies, Instrumentos económicos de conservación de la biodiversidad y Áreas protegidas”.

Sin perjuicio de lo anterior, y estando aún en curso el proceso de consulta indígena iniciado por el MMA, durante el mes de diciembre de 2016 este ingresó nuevas indicaciones al proceso y la Comisión de Medio Ambiente del Senado reanudó la discusión y votación de las indicaciones. En la ocasión el MMA argumentó que

2 Disponible en: <http://observatorio.cl/propuesta-de-indicaciones-de-organizaciones-de-pueblos-indigenas-y-de-la-sociedad-civil-al-proyecto-de-ley-que-crea-el-servicio-de-biodiversidad-y-areas-protegidas/>

3 Ver Boletín de indicaciones del 29 de mayo, 2015. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

quedarían fuera de la discusión, a la espera del término del proceso de consulta, los artículos que tratan materias que –a juicio del Ministerio– fuesen susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Sin embargo, las indicaciones presentadas por el MMA al Congreso versaban, entre otras materias, sobre el objeto de la ley, sus principios fundantes, el sistema nacional y las categorías de áreas protegidas, la modificación y desafectación de las áreas protegidas, su administración, los planes de manejo y la participación de las comunidades aledañas, concesiones de áreas protegidas, áreas protegidas privadas, las prohibiciones y las sanciones en áreas protegidas. Se trata en todos los casos de materias susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Respecto a ellas, así como de otras materias no incluidas en las indicaciones, las comunidades y organizaciones indígenas en general se habían pronunciado, no solo a lo largo del proceso de consulta, sino también con anterioridad a este, manifestando su voluntad de que los instrumentos de conservación de la biodiversidad fuesen diseñados e implementados con respeto a sus derechos, y que se establecieran mecanismos para reconocer y apoyar las iniciativas de conservación indígena.

El proceso de consulta indígena convocado por el Ejecutivo se extendió durante todo el año 2016, culminando con la publicación del Informe Final del Proceso de consulta a los pueblos indígenas de materias para indicaciones del Poder Ejecutivo al Proyecto de Ley que Crea el SBAP y el SNAP⁴. Tal como da cuenta dicho documento, durante el proceso de consulta indígena las personas y organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participaron del dialogo realizaron observaciones fundadas y propuestas concretas a todo el contenido del proyecto de ley en discusión en el parlamento. Esto reafirma la conclusión de que se trata de una iniciativa legislativa que en su conjunto es susceptible de afectar directamente a los diversos pueblos indígenas que mantienen formas de vida y costumbres estrechamente vinculadas a la conservación de la biodiversidad presente en sus territorios.

4. ANÁLISIS DE LAS INDICACIONES DEL PODER EJECUTIVO

Sin perjuicio de los anterior, el resultado concreto y final del proceso de dialogo debían ser un conjunto de indicaciones, las cuales fueron ingresadas al Senado con fecha 1 de junio de 2017. Dichas indicaciones, en términos generales, versan

4 Disponible en: <http://consultaindigena.mma.gob.cl/informe-final/>

sobre las siguientes materias: 1) instrumentos económicos de conservación (IEC); 2) creación de una nueva categoría de conservación de pueblos indígenas; 3) áreas silvestres protegidas del Estado; 4) régimen de fiscalización, infracciones y sanciones; y 4) finalmente se establece un artículo transitorio mientras termina el proceso de consulta indígena para el caso del Pueblo Rapa Nui.

A continuación nos referiremos únicamente a las indicaciones del Ejecutivo en relación con los Instrumentos Económicos de Conservación (IEC), la creación de una nueva categoría de conservación indígena, áreas silvestres protegidas del Estado y el régimen de fiscalización, infracciones y sanciones.

a) Instrumentos Económicos de Conservación (IEC)

En relación con los IEC, las indicaciones del Ejecutivo incorporan una nueva disposición que mandata al SBAP a promover la incorporación de prácticas sustentables, que incluiría las prácticas de conservación de biodiversidad de comunidades locales y pueblos indígenas, en procesos y actividades productivas (nuevo art. 50 del Proyecto de Ley). Entre las practicas sustentables que el SBAP puede promover se encuentra la certificación, ecoetiquetado, los contratos por retribución por servicios ecosistémicos, los acuerdos de producción limpia, entre otros.

Sin perjuicio de la conveniencia y oportunidad de facultar al SBAP para “promover” practicas sustentables voluntarias, cabe destacar que esta propuesta no surge como una necesidad imperativa desde las organizaciones de pueblos indígenas que dialogaron durante el proceso de consulta indígena y se presenta, más bien, como una propuesta del MMA. Por el contrario, respecto a los IEC, llama la atención que no se hayan transformado en indicaciones, por ejemplo, las observaciones de diversos pueblos indígenas en relación a los bancos de compensación de biodiversidad, ampliamente rechazados por las organizaciones representativas de pueblos indígenas, y la necesidad de incorporar criterios y aportes especiales desde el Fondo Nacional de la Biodiversidad a las iniciativas de conservaciones de familias y comunidades indígenas. De esta manera, la indicación propuesta por el Ejecutivo para facultar al SBAP a promover practicas sustentables aparece como inofensiva e inconducente para lograr un acuerdo a partir del dialogo intercultural que se generó durante el proceso de consulta indígena.

b) Áreas de Conservación de Pueblos Indígenas (ACPI)

Por otra parte, entre las indicaciones presentadas por el Ejecutivo, se busca establecer una nueva categoría/figura de conservación específica para los pueblos indígenas denominada “Áreas de Conservación de Pueblos Indígenas” (ACPI). Dicha categoría específica es definida como “[...] un área ubicada en tierras indígenas, en la que existen especies nativas, hábitats y ecosistemas naturales terrestres o acuáticos, relevantes para la conservación de la biodiversidad local, regional o nacional y que son voluntariamente destinadas y administradas para lograr la conservación a largo plazo, así como la protección del patrimonio natural” (nuevo art. 66 del Proyecto de Ley). Además, se define como objeto de protección de las ACPI “[...] la conservación de hábitats, especies, servicios ecosistémicos y valores culturales asociados, así como los conocimientos locales y prácticas tradicionales relacionadas directamente con el uso de los recursos naturales en el área, siempre que sean compatibles con los objetivos de conservación de la misma” (nuevo art. 66 del Proyecto de Ley).

Dicha indicación viene a hacerse cargo de una demanda de varios años, tendiente al reconocimiento de las formas propias de conservación de la biodiversidad de los pueblos indígenas, que en el debate internacional y en el derecho comparado han tomado el nombre de “territorios y áreas conservadas por pueblos indígenas y comunidades locales” (TICCA o ICCA por sus siglas en inglés). Las políticas y los programas internacionales, particularmente los de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), y más recientemente el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox⁵, han recomendado a todos los

5 Así lo hace el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, en un reciente informe del año 2017 remitido al Consejo de Derechos Humanos, donde aborda las obligaciones de derechos humanos relacionadas con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. En relación con el reconocimiento de las TICCA, el Relator Especial señala: “La protección de los derechos de las personas que viven más cerca de la naturaleza no solo es una exigencia del derecho de los derechos humanos; a menudo es también la mejor o la única forma de asegurar la protección de la diversidad biológica. Los conocimientos y las prácticas de las personas que viven en ecosistemas ricos en biodiversidad son vitales para la conservación y el uso sostenible de esos ecosistemas.

países a que reconozcan y apoyen los TICCA como ejemplos de gobernanza efectiva de la diversidad biocultural.

Sin perjuicio de lo anterior, las ACPI no se corresponden con los TICCA y pareciera que vienen a poner obstáculos para la protección de las formas propias de conservación de los pueblos indígenas, en lugar de proveer de un marco de reconocimiento adecuado y pertinente. En efecto, en primer lugar, las ACPI excluyen las iniciativas de conservación de comunidades locales o tradicionales, las cuales se encuentran incorporadas en las TICCA. Esto se contrapone con las recomendaciones que han realizado en esta materia instancias internacionales y mecanismos de expertos, tal como lo señaló en un informe reciente el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, donde aborda las obligaciones de derechos humanos relacionadas con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica (Knox, 2017). En relación con el reconocimiento de las TICCA, evidenciando el déficit de reconocimiento de derechos específicos a las comunidades locales, el Relator Especial recomendó que: “[l]os Estados deben esforzarse más por respetar y proteger los derechos de las personas más vulnerables a la degradación y la pérdida de diversidad biológica. Deben reconocer que los miembros de comunidades minoritarias no indígenas que tienen tradiciones culturales diferentes y estrechos vínculos culturales y materiales con sus territorios ancestrales tienen derechos que son similares (aunque no simplemente idénticos) a los de los pueblos indígenas, y deben respetar y proteger los derechos de esas comunidades al igual que los de los pueblos indígenas. Los Estados deben apoyar los esfuerzos indígenas y locales para proteger la diversidad biológica, incluso mediante las TICCA, reconociendo que, por sus conocimientos tradicionales y su

Se ha estimado que los territorios y áreas conservadas por las poblaciones indígenas y las comunidades locales (TICCA, así denominadas por razones históricas) abarcan cuando menos la misma superficie que las zonas protegidas administradas por los Gobiernos. Se ha demostrado que la protección de los derechos humanos de las poblaciones indígenas y las comunidades locales tiene como resultado una mejor protección de los ecosistemas y la diversidad biológica⁸². Por el contrario, tratar de conservar la diversidad biológica excluyéndolas de una zona protegida suele traducirse en fracaso. En resumidas cuentas, el respeto de los derechos humanos deben considerarse complementario y no contrapuesto a la protección del medio ambiente” (Knox, 2017, párr. 59).

compromiso, las poblaciones indígenas y las comunidades locales a menudo están particularmente calificadas para ello” (Knox, 2017, párr. 71)⁶.

Por otra parte, no se entiende cuáles son las razones por las cuales el MMA habla de ACPI en lugar de utilizar la conceptualización de TICCA surgida de UICN, en circunstancias de que se trata de un término validado internacionalmente y que es capaz de incorporar una gran variedad de situaciones diversas. En tercer lugar, en la definición propuesta por el Ejecutivo, las ACPI se deben ubicar sólo “tierras indígenas”, lo que podría ser en extremo restrictivo y dejar sin la posibilidad de reconocimiento a muchas iniciativas de conservación de pueblos indígenas si es que dicha expresión se hace sinónimo del concepto utilizado en la Ley N°19.253 de 1993, conocida como la Ley Indígena. Esto dado que, de acuerdo con el artículo 12 de dicho cuerpo legal, para estar frente a “tierras indígenas” no basta simplemente con la ocupación tradicional sino que se requiere de un reconocimiento previo del Estado. Ello resulta contradictorio con la conceptualización de “tierra” indígena del Convenio 169 de la OIT, tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por Chile y que se encuentra vigente desde 2009. En efecto de acuerdo al artículo 14 de este Convenio “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14.1 Convenio 169 OIT). También es contradictoria con la conceptualización que el mismo Convenio utiliza al hacer extensivo los derechos de estos pueblos sobre sus “territorios”, los que abarcan “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (art. 13.2 Convenio 169 OIT). Sin embargo, lo anterior no es claro y puede generar una aplicación desigual y errática de las ACPI, quedando sujeta a la discrecionalidad del interprete (MMA y tribunales de justicia), tal como ha sucedido hasta ahora. Finalmente, cabe destacar que la propuesta del Ejecutivo no establece el procedimiento por medio del cual el MMA reconocerá las ACPI, lo que resulta en un vacío problemático. En este punto hay que recordar que las TICCA no se crean por un acto del Estado, sino que son reconocidas por éste, al fundarse en el derecho a autodeterminación de los pueblos indígenas y en sus propias costumbre e instituciones.

⁶ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/010/02/PDF/G1701002.pdf?OpenElement>

c) Áreas Protegidas del Estado

Es en materia de áreas protegidas del Estado donde el Ejecutivo realiza la mayor cantidad de indicaciones.

Un aspecto que a simple vista parece un avance, es el cambio que se realiza a la disposición que regula la modificación y desafectación de las áreas protegidas del Estado, exigiendo una ley (y no un decreto supremo como en el caso de las demás categorías) para modificar o desafectar un parque nacional (actual art. 68 del Proyecto de Ley), manteniéndose en vigencia el estándar regulado en el artículo 11 de la Ley N°4.363 de 1931 (Ley de Bosque)⁷ y haciéndose cargo de las observaciones de organizaciones representativas de pueblos indígenas y de la sociedad civil en orden a ajustar el texto del proyecto de ley a la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, firmado en Washington el 12 de Octubre de 1940 (conocida como la Convención de Washington). Sin embargo, junto a lo anterior, la propuesta de indicaciones del Ejecutivo incorpora un nuevo artículo décimo transitorio que supedita la entrada en vigencia de dicha disposición hasta “que se encuentre promulgada la ley de reforma constitucional que incorpora la desafectación y modificación de parques nacionales como materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”. Lo anterior, mantiene la regresividad del Proyecto de Ley en esta materia e incorpora una condición peligrosa que podría nunca verificarse, como ha sucedido en otras oportunidades en la historia de nuestro país.

Por otra parte, si bien el Proyecto de Ley originalmente reconocía que el procedimiento para la creación de áreas protegidas del Estado podían ser creadas por iniciativa del Estado o de personas interesadas, el Ejecutivo propone dejar expresamente establecido que las personas o comunidades interesadas puedan solicitar la creación de un área protegida del Estado, especificando los antecedentes que se deben acompañar (actual artículo 69 incisos 1º y 2º del Proyecto de Ley).

7 El artículo 11 de la Ley N°4.363 de 1931 (Ley de Bosque), establece que: “Las reservas de bosques y los parques nacionales de turismo existentes en la actualidad y los que se establezcan de acuerdo con esta ley, no podrán ser destinados a otro objeto sino en virtud de una ley”. Como se puede apreciar, dicha disposición aplicó a nivel interno el estándar recogido en la Convención de Washington para la desafectación de los parques nacionales, antes de la ratificación de dicho tratado internacional. Cabe destacar que esta disposición es modificada en el Artículo 119 número 3 del Proyecto de Ley que crea el SBAP y el SNAP.

Esta indicación del ejecutivo no se hace cargo del deber del Estado, a través del SBAP y del MMA de apoyar técnica y financieramente a las comunidades y pueblos indígenas que quieran solicitar la creación de áreas protegidas del Estado en tierras y territorios de uso y ocupación ancestral, incorporando criterios de pertinencia y reconociendo sus actividades y prácticas tradicionales.

Junto a lo anterior, el Ejecutivo recoge la propuesta de muchas organizaciones representativas de pueblos indígenas que participaron de la consulta, en orden a establecer la obligación de requerir un “informe de los aspectos culturales, con incidencia directa en la conservación ambiental” durante el proceso de creación de un área protegida del Estado, en caso de que el área se cree en “tierras” de pueblos indígenas o cercana a ellas (art. 69). El Ejecutivo considera además la consulta durante el procedimiento de creación “un área protegida del Estado” (art. 69 inciso 3º del Proyecto de Ley). Con todo, el uso de la expresión “tierras” sigue generando el mismo problema de interpretación ya mencionado.

Sin perjuicio de lo anterior, se valora que el Ejecutivo incorpore como una etapa previo a la creación de áreas protegidas del Estado, el deber de implementar procesos de consulta de conformidad con el Convenio 169 de la OIT (art. 69 inciso final del Proyecto de Ley). Se trata de una obligación que ya había sido exigida por la Contraloría General de la República en su jurisprudencia administrativa, por lo que a estas alturas el Proyecto de Ley del Ejecutivo no podía eludir la implementación de dicho estándar⁸.

Otra materia en la que el Ejecutivo realizó una indicación, y que viene a hacerse cargo de una reclamación de años de los pueblos indígenas y de una realidad que ya opera en algunos casos, tiene que ver con la participación en la gestión de áreas protegidas del Estado, de tal manera de implementar mecanismos de gobernanza compartida entre éste y las comunidades, lo que es reconocido en el nuevo art. 71 que se incorpora al Proyecto de Ley. De esta manera, el SBAP, mediante una resolución fundada, deberá decidir sobre la procedencia de la celebración de convenios de gestión de áreas protegidas del Estado con comunidades y otras organizaciones, teniendo en cuenta la conveniencia, características de área protegida, su contexto territorial y la presencia de organizaciones locales o comunidades indígenas de la Ley Indígena. Sin perjuicio de lo anterior, resulta problemático el desarrollo de los

8 Dictámenes números 7.631, de 30 de enero de 2014, y 10.855, de 12 febrero de 2014.

contenidos mínimos que deben tener estos convenios, los que puede limitar la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan desarrollarlos.

Por otra parte, y haciendo eco de las observaciones y propuestas de las organizaciones que participaron de la consulta indígena, el Ejecutivo propone eximir de pago a personas pertenecientes a comunidades indígenas por su ingreso a las áreas protegidas del Estado en ejercicio de usos y costumbres (art. 72 del Proyecto de Ley). Sin embargo, para que se haga efectivo lo anterior, se exige que los usos y costumbre de los pueblos indígenas sean previamente definidas y declaradas admisibles en el Plan de Manejo o en el decreto de creación de la respectiva área. Ello limita severamente la posibilidad de aplicar dicha disposición, en la medida en que la mayoría de las áreas protegidas del Estado no cuentan actualmente con planes de manejo y los decretos de creación de éstas no incorporan los usos y costumbres de los pueblos indígenas.

Sin perjuicio de lo anterior, se valora que la indicación del Ejecutivo tendiente a que los Planes de Manejo de las áreas protegidas del Estado deban contener necesariamente “(n) Los usos o costumbres ancestrales desarrollados al interior y en las inmediaciones del Área Protegida” (art. 74 del Proyecto de Ley). De esta manera, se reconoce expresamente que los planes de manejo son medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, razón por la cual éstos deben incorporar sus uso y costumbres dentro y fuera del área. Sin embargo, dicho reconocimiento contrasta con el estándar de participación que deben tener los pueblos indígenas durante el procedimiento de elaboración de Planes de Manejo, en tanto medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente, señalándose de manera general que dicho “procedimiento deberá contemplar la participación de las comunidades, incluyendo a las organizaciones representativas de los Pueblos Indígenas, existentes al interior y aledañas al áreas protegida” (art. 76 del Proyecto de Ley). Lo anterior, genera dudas respecto a así la “participación” tendrá estándares más bajos que involucren una menor incidencia de los pueblos indígenas durante el procedimiento, o se trata de una participación que se asimila a la consulta del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a los principios que la inspiran. A nuestro juicio, esta última interpretación debiera ser la que prime, en la medida que, desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT, todas las consultas que se realicen, en cuanto mecanismo específico de participación indígena, debe observar los estándares desarrollados en su artículo 6.1, tal como lo exige dicha disposición. Así, los mecanismos de participación indígena tienen una especificidad, al tratarse de procedimientos con determinados estándares que buscan, ante todo,

constituir un mecanismo de protección de los derechos indígenas, en un contexto de diversidad cultural que requiere de espacios especiales de diálogo para hacer visibles impactos que podrían no ser transparentes para la cultura dominante.

Finalmente, resulta preocupante las indicaciones del Ejecutivo respecto a la posibilidad de otorgar concesiones en el interior de las áreas silvestres protegidas del Estado. En efecto, como se señaló en su momento, las concesiones que se establecen en el Proyecto de Ley se concretan por medio de un decreto supremo, el cual en cuanto acto administrativo terminal corresponde a una medida administrativa. Dicha medida administrativa en determinados casos puede ser susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas y comunidades, en la medida en que la concesión se constituya sobre un área protegida que se emplace en territorio de ocupación o uso tradicional indígena. En tales casos, correspondería que el SBAP implementara un proceso de consulta a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier concesión. Sin perjuicio de lo anterior, el Ejecutivo omite en este caso el deber de consulta y simplemente incorpora criterios que se deberán tener en cuenta para el otorgamiento de las concesiones (art. 82 letras b, c y d del Proyecto de Ley).

d) Régimen de fiscalización, infracciones y sanciones

Por último, en lo que dice relación con las observaciones y preocupación de los pueblos indígenas sobre que el régimen de fiscalización, infracciones y sanciones que regula el Proyecto de Ley, que podría terminar castigando el desarrollo de sus actividades y prácticas tradicionales, el Ejecutivo propone dos indicaciones, distinguiendo respecto a si las infracciones se realizan dentro o fuera de las áreas protegidas.

La primera de estas indicaciones del Ejecutivo se refiere a las infracciones cometidas en las áreas protegidas, señalándose que: “[n]o se considerará infracción aquella conducta que, no obstante su tipificación en este artículo, haya sido realizada en el marco de aquellos usos o costumbres ancestrales de comunidades indígenas reconocidas en el decreto de creación de la respectiva área o en el plan de manejo de la misma [...], en tanto no constituya un menoscabo a la conservación de la diversidad biológica y a la protección del patrimonio natural del país” (art. 116 inciso final del Proyecto de Ley). Así las cosas, se vuelve a supeditar el ejercicio de los usos

o costumbres ancestrales de comunidades indígenas al reconocimiento previo por parte del Estado, cuestión que viene a limitar su derecho a la autodefinición de dichos usos y costumbres.

Lo propio sucede con la indicación del Ejecutivo relativa a las infracciones cometidas en fuera áreas protegidas, las cuales para configurarse requieren que el SBAP o el MMA hayan implementado algún instrumento de gestión para la conservación de la biodiversidad distinto a las áreas protegidas, como son los sitios prioritarios, los planes de manejo para la conservación o restauración, entre otros. De esta manera, al igual que lo que sucede con las infracciones dentro de las áreas protegidas, se propone que no se consideren como “infracciones aquellas conductas realizadas en el marco de aquellos usos y costumbres ancestrales de comunidades indígenas reconocidas en el decreto de creación de la respectiva área en el plan de manejo de la misma” (art. 117 inciso final del Proyecto de Ley).

5. COMENTARIOS FINALES

- Las indicaciones del Gobierno son insuficientes y no incorporan estándares internacionales relativos a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales en el contexto de las medidas para la protección de la biodiversidad, desarrollados al alero del derecho internacional de los derechos humanos e incorporados en las directrices internaciones en materia de conservación de la biodiversidad.
- El documento de propuesta de indicaciones de comunidades indígenas y organizaciones de la sociedad civil es más amplio e incluye mayores indicaciones que aquellas ingresadas al Congreso por el MMA.
- Las indicaciones del Gobierno son restrictivas en relación con la convocatoria a la consulta del MMA y de los resultados de la consulta, los que abordan mayores temas que aquellos que finalmente se tradujeron en propuestas de modificación legal.
- Las indicaciones no incorporan la consulta indígena en lo referente a otros actos administrativos del Servicio y MMA, susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Este es el caso de los planes de manejo, la creación de áreas protegidas privadas, el otorgamiento de concesiones, entre otros.

- No se resguardan los derechos de los PI sobre sus territorios frente a la creación de áreas protegidas del Estado y áreas protegidas privadas.
- Lo restrictivo de las indicaciones del Ejecutivo se evidencia en que el MMA ya envió indicaciones al Congreso previo a terminar de preparar las indicaciones relativas a la consulta.
- Por todo lo anterior es que reiteramos la necesidad de que el Congreso Nacional considere en la tramitación de este proyecto de ley la generación de instancias participativas que permitan generar un diálogo intercultural, que posibilite la incorporación de la perspectiva indígena en su texto final.

REFERENCIAS

- Arce, L., Guerra, F. y Aylwin, J. (Eds.). 2016. *Cuestionando los enfoques clásicos de conservación en Chile. El aporte de los pueblos indígenas y las comunidades locales a la protección de la biodiversidad*. Temuco: Observatorio Ciudadano, Consorcio TICCA e IWGIA.
- Borrini-Feyerabend, G., Lassen, B., Stevens, S., Martin, G., Riascos de la Peña, J., Ráez-Luna, E. y Taghi Farvar, E. 2010. *Diversidad biocultural conservada por pueblos indígenas y comunidades locales –ejemplos y análisis*. Teherán: Consorcio ICCA y Cenesta para GEF SGP, GTZ, IIED y UICN/CEESP. Disponible en: <https://www.iccaconsortium.org/wp-content/uploads/2015/08/publication-ceesp-briefing-note-10-companion-es.pdf>
- Borrini-Feyerabend, G., Kothari, A. y Oviedo, G. (Eds.). 2004. *Indigenous and local communities and protected areas. Towards equity and enhanced conservation*. Cambridge: IUCN y WCPA.
- Diegues, A. 2010. *El mito moderno de la naturaleza intocada*. Quito: Ediciones Abya-Yala. Disponible en: http://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1461&context=abya_yala

Knox, J. 2017. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. A/HRC/34/49. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx>

Tauli-Corpuz, V. 2016. *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*. A/71/229. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/241/12/PDF/N1624112.pdf?OpenElement>

LA PROTESTA SOCIAL MAPUCHE Y LA RESPUESTA ESTATAL: CRIMINALIZACIÓN Y VIOLENCIA POLICIAL*

*Hernando Silva***

1. CONTEXTO

La protesta social se ha hecho creciente en Chile en los últimos años como consecuencia del malestar de diferentes sectores sociales que ven sus derechos denegados, y que no encuentran cauces institucionales para transformar la situación de inequidad y marginación que enfrentan. En el caso de los pueblos indígenas, la exclusión institucional se manifiesta de múltiples formas, incluyendo la ausencia casi total de representación en instancias de toma de decisiones sobre las materias que les afectan, como en el Congreso Nacional. Por lo mismo, aunque la protesta indígena, en particular del pueblo mapuche, es histórica, se ha incrementado en las últimas dos décadas, en especial como consecuencia de la pérdida territorial y de la instalación de proyectos de inversión en sus territorios ancestrales.

Es importante dar cuenta que la relación entre el estado de Chile y los pueblos indígenas ha estado marcada por el despojo de las tierras ancestrales y la pérdida de los recursos naturales existentes en esos espacios territoriales. En esta constante

* Este artículo ha sido elaborado también como parte del trabajo de reflexión y seguimiento del informe regional “Los Estados Latinoamericanos Frente a la Protesta Social” publicado el 2016 por once organizaciones de derechos humanos de América Latina, incluyendo al Observatorio Ciudadano, bajo la coordinación de CELS- Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina. http://www.cels.org.ar/protestasocial_AL

** Coordinador del Área jurídica del Observatorio Ciudadano.

histórica se observan conflictos que se expresan, por una parte, en la demanda de todos los pueblos indígenas de Chile por la restitución de sus territorios y, por otra, en la falta de reconocimiento acorde a los estándares internacionales de derechos políticos, como la libre determinación, la autonomía y los sistemas de justicia indígena, y los derechos territoriales, tales como aquellos sobre los recursos naturales, lo que ha generado una exclusión política y económica de los pueblos indígenas.

En el caso del pueblo mapuche, en el sur del país, sus comunidades se han visto seriamente afectadas por la expansión forestal hacia su territorio, la construcción por privados, con el aval del Estado, de centrales hidroeléctricas, la instalación por privados de cultivos de salmón en los lagos y espacios marinos aledaños a sus comunidades, la instalación de vertederos y de plantas de tratamiento de aguas servidas en sus tierras.

Frente a dicha situación de desconocimiento de derechos las organizaciones mapuche han desarrollado distintas estrategias, como la denuncia y la reclamación de derechos ante instancias nacionales e internacionales, las acciones de protesta social, como las manifestaciones públicas, y las acciones de fuerza tales como tomas de caminos, acciones en contra de plantaciones forestales y ocupación de predios en conflicto, con miras a detener los procesos de apropiación de sus territorios ancestrales y lograr el reconocimiento de sus derechos ancestrales sobre la tierra y los recursos naturales, así como el reconocimiento de sus derechos políticos hasta ahora denegados. Gran parte de las actividades de defensa de los derechos indígenas impulsadas por dichas organizaciones e individuos indígenas, se han desarrollado a través de medios pacíficos, incluyendo el ejercicio del derecho de reunión y asociación, el derecho de petición, el cabildeo y el diálogo permanente con la autoridad.

Cabe señalar que algunas de estas acciones de protesta social han resultado en el quebrantamiento del orden público o han sido constitutivas de delitos, fundamentalmente en lo que se refiere a la legislación relativa a la propiedad, lo que se ha traducido en delitos que afectan el bien jurídico protegido “propiedad”, como son los delitos de incendio y daños. Existen casos en los que organizaciones mapuche se han adjudicado ese tipo de acciones de fuerza, como la Coordinadora

Arauco Malleco (CAM)¹ y la organización Weichan Auka Mapu², argumentando que consiste en su modo de lucha en contra del sistema neoliberal y de la ocupación del estado de Chile sobre el territorio mapuche. Pero en la gran mayoría de los casos existe un prejuizgamiento de parte de la opinión pública nacional y de los medios de comunicación masiva, atribuyendo la responsabilidad frente a dicha clase de hechos a personas y organizaciones mapuche, siendo que incluso han existido casos de autoatentados de dueños de camiones en contra de sus propios vehículos³.

La respuesta del Estado frente a dicha protesta social se ha materializado en la represión policial en contra de las personas mapuche que participan en actos de protesta social, muchos de las cuales pueden ser reconocidos como defensores de derechos humanos⁴. Dicha represión se ha manifestado en estos años en reiterados casos de allanamientos en comunidades, violencia en manifestaciones públicas, entre otros, operativos en los cuales según ha sido documentado por diversas entidades, entre ellos el INDH desde su creación el 2010, se han registrado tres muertes como consecuencia de la acción policial⁵ y centenares de personas víctimas de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Junto a lo anterior, el Estado, tanto a través del Ministerio Público como del Ministerio del Interior, ha criminalizado a las personas mapuche involucradas en hechos de protesta social, resultando en su persecución penal. Ello mediante normas de derecho penal común y, en muchos casos, a través de normas de excepción como son la Ley Antiterrorista y la Ley de Seguridad del Estado.

1 A modo de ejemplo: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/03/15/la-cam-se-adjudica-ataque-a-empresa-de-camiones-en-la-araucania/>

2 A modo de ejemplo: <http://paismapucho.org/?p=11300>

3 A modo de ejemplo: <http://www.soychile.cl/Temuco/Policial/2016/04/05/385384/Segundo-caso-de-autoatentado-en-La-Araucania-termino-con-empresarios-condenados.aspx>

4 Desde esta perspectiva uno de los casos más emblemáticos ha sido el de la Machi Francisca Linconao.

5 De acuerdo a lo determinado por los Tribunales de Justicia han muerto a manos de Carabineros: Alex Lemun (2002) Matías Catrileo (2008) y Jaime Mendoza Collío (2009)

2. VIOLENCIA POLICIAL: EL USO EXCESIVO DE LA FUERZA POR PARTE DE AGENTES POLICIALES EN CONTRA DE PERSONAS MAPUCHE

La represión policial ha sido una constante frente a la protesta social mapuche. Ella se ha expresado en el uso excesivo de la fuerza, con resultado de muerte y de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes. Frente a estos hechos ha existido una constante situación de impunidad para los funcionarios policiales que han participado en la comisión de dichos delitos, ya que hasta el año 2016 solo eran conocidos por la Justicia Militar, órganos militares de Justicia encargados de conocer los delitos cometidos por funcionarios militares –o policiales en el caso de Carabineros– en contra de particulares. En dicho contexto, de un proceso penal de carácter inquisitivo, con Jueces Militares, el grado de impunidad de los agentes policiales responsables era muy amplio, siendo casos emblemáticos los de Alex Lemún, Matías Catrileo y Jaime Mendoza Collío, quienes fueron asesinados por los funcionarios de Carabineros, Marco Aurelio Treuer, Walter Ramírez y Patricio Jara respectivamente, siendo los dos últimos condenados solo a penas de presidio remitido, y en el caso de Marco Treuer ni siquiera hubo condena⁶. Desde la reforma al Código penal de 2016, junto con tipificarse el delito de tortura, se eliminó la competencia de los tribunales militares para conocer de delitos que estos cometan sobre civiles⁷. Como consecuencia de ello, actualmente dichos casos son conocidos por la Justicia Ordinaria, lo que no ha significado necesariamente un avance, dado que las causas de violencia policial en contra de personas mapuche son investigadas por Fiscales del Ministerio Público y en la gran mayoría los casos han terminado en sobreseimientos de los procedimientos.

Junto a la impunidad judicial se mantiene a la fecha una impunidad administrativa, dado que los actos de violencia desmedida realizados por funcionarios de Carabineros son investigados mediante procedimientos internos de la Institución. De acuerdo a la información levantada por el Instituto Nacional de Derechos

6 Al respecto es importante dar cuenta que recientemente la Corte Suprema dictó una resolución mediante la cual se ordenó reabrir el proceso, y que éste fuese sustanciado ante la Justicia Ordinaria, al respecto: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/10/13/suprema-reabre-el-caso-de-alex-lemun-y-lo-traslada-de-la-justicia-militar-a-la-fiscalia-de-angol/>

7 Ley N° 20.968 de 2016

Humanos (INDH) el 2014 el índice de investigación y sanción de los hechos denunciados es muy bajo, cercano al 3% (pág 74)⁸.

Es importante dar cuenta que las Cortes de Apelaciones (Concepción, Temuco y Valdivia) han acogido más de 20 recursos de amparo interpuestos por el INDH en contra de Carabineros por su actuar con violencia desmedida en contra de niños mapuche mientras se realizan operativos policiales en sus comunidades. En dichas sentencias se ha establecido que Carabineros debe actuar conforme a la Ley y con “responsabilidad de ajustarse estrictamente al derecho y a los protocolos establecidos para este tipo de intervenciones atendida la circunstancia de que en el lugar se encontraban no sólo menores de edad, si no que niños pequeños lo cual sí era de su conocimiento ya que se habían constituido unos meses atrás en el mismo lugar, interactuando con uno de los niños amparados, por lo que resulta razonable exigir una especial atención por parte de quien ejerce la fuerza en circunstancias como las que motivan la interposición del presente recurso”⁹. Pese a dichas resoluciones judiciales el actuar de Carabineros sigue siendo vulneratorio en contra de personas mapuche, en especial de niños, haciendo caso omiso a las resoluciones de los Tribunales de Justicia.

Cabe hacer presente, que el actuar policial se ha visto fortalecido en la zona. De hecho, el 2015 se crea una Jefatura de Zona de Control y Orden Público de la Región de la Araucanía¹⁰, dependencia administrativa especial de Carabineros con competencia en la Región de La Araucanía y parte de la Región del Bio Bio. Dicha unidad significó un aumento importante del contingente policial en la Región, además de un amplio aumento de infraestructura y vehículos policiales, lo que se ha traducido en una intensificación del actuar policial en la zona donde personas y comunidades mapuche reivindican sus derechos territoriales. Todo lo anterior en un contexto en que los gremios productivos de la Región de La Araucanía y los medios de comunicación, exigen un actuar policial más fuerte en contra de la protesta social en las regiones del conflicto intercultural.

8 INDH, *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo Mapuche: Análisis de tendencias en materia de Violencia Estatal en la Región de La Araucanía del Instituto Nacional de Derechos Humanos* (2014)

9 Sentencia ICA Temuco Rol: 74-2017

10 <http://www.biobiochile.cl/noticias/2016/01/19/implementan-de-forma-gradual-zona-policial-de-control-del-orden-publico-en-la-araucania.shtml>

Lo anterior ha repercutido en el último año en el recrudecimiento del actuar desmedido de las policías. De hecho, de acuerdo a datos proporcionados por el INDH, durante lo que va corrido del año 2017 (enero-octubre) se interpusieron 8 recursos de amparo por situaciones de violencia policial y tres querellas criminales, que el INDH documentó de la siguiente forma:

- El 18 de diciembre de 2016 se llevó a cabo un operativo policial en el camino público inmediatamente aledaño a la Villa las Águilas del Sector Curaco, comuna de Collipulli. El niño de 17 de años B.H.H. fue reducido por personal de carabineros y estando en el suelo y completamente inmovilizado le disparan a muy pocos centímetros de la espalda un cartucho de escopeta que casi le costó la vida, y que le ha dejado secuelas de por vida. Por este hecho el INDH accionó penalmente con fecha 4 de enero de 2017 por el delito de homicidio frustrado en contra de quienes resulten responsables.

-El 20 de marzo de 2017, aproximadamente a las 19.30 horas, se realizó una manifestación pacífica en el sector Ñancul, comuna de Villarrica, en el contexto de una movilización social en que las y los pobladores de dicha localidad vienen desarrollando con motivo de que se garantice el derecho humano al agua en cantidad y calidad suficiente. Ese día se reunieron aproximadamente unos/as 80 pobladores/as, entre los cuales había tanto adultos como ancianos y niños. El punto de reunión fue la “Garita de Ñancul”, en un cruce de caminos del sector. La Sra. Isolina Araneda Osses con su grupo familiar participaban de esta manifestación, momento en que recibió directo un impacto de perdigón en su ojo derecho, el que comenzó a sangrar profusamente. Como consecuencia de ello la Señora Isolina perdió la visión de por vida. El INDH interpuso querrela por el delito de lesiones graves gravísima el día 22 de mayo de 2017.

-El 12 de mayo, Fabiola Aantiqueo, una joven estudiante mapuche de 18 años, junto a otros/as estudiantes del Hogar estudiantil Lawen Mapu de la comuna de Padre Las Casas, participó de una jornada de movilización que tuvo por objetivo manifestar su oposición sobre el procesamiento y encarcelamiento de dos personas mapuche. En ese contexto, Carabineros usó gases lacrimógenos lanzándolos en dirección del hogar universitario en el que se encontraba Fabiola, impactando un proyectil directamente en su rostro, provocándole el estallido ocular de su ojo izquierdo.

Todos los antecedentes recabados por el INDH indican que las graves lesiones sufridas por la joven serían a consecuencia del uso excesivo y desproporcionado de la fuerza en el actuar de Carabineros de Chile, acción que desconocería el Protocolo de la institución policial sobre el Mantenimiento del Orden público en las manifestaciones, que la propia policía uniformada creó con el fin de respetar la legislación vigente. Fabiola Antiqueo Toro es una estudiante de la carrera de Artes Visuales, lo que acrecienta aún más la gravedad de perder la visión, dado que esta es una herramienta indispensable para su carrera profesional.

Estas acciones penales están por cierto en etapa de investigación y respecto de ellas no ha recaído resolución judicial que determine ninguna responsabilidad, sin embargo, se trata de hechos gravísimos sobre los que pesa una primera obligación consistente en que la propia institución involucrada esclarezca plenamente los hechos por medio de investigaciones internas.

Como se puede apreciar, la violencia sistemática ejercida por las fuerzas policiales en contra de las personas mapuche, es una situación muy grave que reviste serias implicancias desde el prisma de los derechos humanos, y que hace urgente impulsar transformaciones en distintos niveles del Estado. El primero de ellos dice relación con la necesidad de que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública ejerza la labor de control de la labor de las policías que la Constitución le encomienda, de modo de garantizar que esta sea consistente con los derechos humanos.

Junto a ello, se hace necesario reformar la estructura interna de Carabineros de Chile, para que existan procedimientos administrativos internos que efectivamente impliquen sanciones para los funcionarios policiales que ejerzan fuerza desmedida. Asimismo, es necesario que las policías acaten las resoluciones judiciales que les compelen a respetar la Ley y considerar las circunstancias particulares cada vez que realicen operativos.

Por último, es necesario que el Ministerio Público desarrolle investigaciones serias, imparciales y en profundidad para establecer y sancionar las responsabilidades de los funcionarios policiales que ejercen fuerza desmedida en contra de las personas, y en especial en contra de hombres, mujeres y niños pertenecientes al pueblo mapuche.

3. CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL INDÍGENA MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE NORMATIVAS DE EXCEPCIÓN

La reacción del Estado frente a la demanda social indígena, se ha traducido en la implementación de una política de criminalización en contra de miembros de los movimientos indígenas. Para llevar a cabo dicho fin se han utilizado diferentes normas jurídicas contempladas en el derecho penal chileno, con las que el Estado a través del Ministerio Público ha intentado acallar dicha demanda, estigmatizándola como “criminal” o incluso de “terrorista”, afectando a un gran número de personas que integran el movimiento mapuche y luchan por reivindicar sus derechos.

Tal situación ha evidenciado el amplio grado de desprotección de las garantías procesales de los mapuche, a quienes se les ha aplicado de manera desproporcionada la Ley Antiterrorista.

Actualmente el estado de Chile lleva adelante un gran número de procesos judiciales en contra de personas mapuche a las que se les vincula con la participación en actos constitutivos de delito vinculados a procesos de reivindicación territorial. Algunos de dichos procesos se encuentran sustanciados bajo la Ley Antiterrorista.

Desde el año 2009 a la fecha han existido 11 causas penales abiertas, en las que se les ha imputado a 78 personas pertenecientes al pueblo mapuche la participación en delitos de carácter terrorista¹¹. De estas causas, 3 se encuentran vigentes, 6 derivaron en la absolución de los imputados y dos en que se condenó por delitos comunes¹², habiendo solo condena por delitos contemplados en la Ley Antiterrorista en contra de un delator compensado¹³. Salvo dicho caso, ninguno de los imputados fueron condenados por conductas terrorista, no obstante, en los procesos en los cuales se les condenó, las pruebas que sirvieron en su condena son resultado de un proceso judicial seguido bajo el alero de dicho cuerpo legal, por

11 Información levantada en base a las acusaciones fiscales de los 8 casos por Ley Antiterrorista seguidos entre los años 2009 y 2014.

12 En la primera Héctor Llaitul a 14 años de prisión, Ramón Llanquileo Pilquimán, José Henuche Reimán, Jonathan Huillical Méndez a 8 años de prisión; en la segunda causa a 18 años de prisión al Machi Celestino Cordoba.

13 Raúl Castro Antipán, quién fue condenado en causas separadas los denominados casos “Tur bus” t “Peaje Quino”

cuanto se utilizaron testimonios de testigos con identidad reservada, vulnerando el debido proceso. El alto índice de absoluciones obtenidas recientemente en los procesos por Ley Antiterrorista evidencia su utilización discrecional y política como herramienta de criminalización.

Desde una perspectiva de derechos humanos se hace muy cuestionable la aplicación de esta ley, ya que se ve alterado el debido proceso. Así, ésta faculta al juez de garantía a ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación (artículo 11). Además, dificulta la posibilidad de aplicar durante el proceso otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva y permite la restricción del régimen de visitas, así como la interceptación de las comunicaciones del imputado (artículo 14). En caso de que el Ministerio Público estime que existe un riesgo para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, así como de sus familiares directos, puede disponer de oficio o a petición de las parte de las medidas especiales de protección que resulten adecuadas (artículo 15), e incluso, el tribunal, puede decretar la prohibición de revelar de cualquier forma la identidad de los testigos (artículo 16), lo que ha derivado en la práctica de utilizar testigos de identidad reservada, además, puede otorgar protección policial a los mismos testigos (artículo 17). Por otro lado, la Ley Antiterrorista agrava las penas que la legislación penal ordinaria tiene para los delitos a los que ella se refiere (artículo 3)¹⁴.

También, la aplicación de la Ley Antiterrorista tiene directas implicancias con la utilización excesiva de la prisión preventiva como medida cautelar en contra de quienes se les imputa, dado que por disposición del artículo 19 n° 7 letra e) de la Constitución Política, la decisión que otorga la “libertad” a una persona procesada por tal legislación debe ser adoptada por la unanimidad de los miembros de la sala, la que asimismo, debe ser integrada por Ministros titulares de la respectiva Corte de Apelaciones. Esto es lo que se ha denominado “prisión preventiva reforzada”.

14 Se en su artículo 2 la Ley Antiterrorista se refiere a los delitos de homicidio, lesiones, secuestro, incendio y asociación ilícita entre otros.

3.1. Aplicación actual de la Ley Antiterrorista

Al momento de la elaboración de este informe, esta normativa de excepción estaba siendo aplicada en contra 23 personas mapuche y/o vinculadas al pueblo mapuche. Ello en tres causas en que el Ministerio Público, así como el Ministerio del Interior y querellantes particulares, han imputado a estas personas acciones que han calificado como constitutivas de conductas terroristas, en específico incendio y asociación ilícita terrorista.

i. Caso Luchsinger Mackay

Causa que data del año 2013, se trata de un delito de incendio con resultado de muerte producto de un ataque incendiario a la vivienda del matrimonio Luchsinger Mackay¹⁵, tierras que se encuentran dentro del territorio de ocupación tradicional indígena. Producto del ataque se invoca el delito de incendio con resultado de muerte con carácter terrorista: Tal tipo se solicita en primer lugar en contra del Machi Celestino Córdoba Tránsito que según antecedentes del Ministerio Público habría participado en los hechos en calidad de autor, atendido a que su detención se efectúa a horas de cometerse el delito por encontrarse mal herido en las cercanías de la granja Lumahue. Si bien el proceso en contra del Machi Córdoba fue sustanciado por el procedimiento de la ley antiterrorista, este fue condenado el 2014 a 18 años de cárcel por el delito de incendio simple con resultado de muerte. Respecto de esta misma causa se encuentran además acusados 11 comuneros mapuche del sector, y la única mujer acusada es la reconocida autoridad ancestral, Machi Francisca Linconao Huircapán.

Este proceso reviste una serie de irregularidades que manifiestan una grave vulneración al debido proceso, toda vez que el principal testigo de la Fiscalía, y única prueba directa por la cual se inculpa a los imputados, José Peralino, declaró ante el mismo Juzgado de Garantía de Temuco en la audiencia de detención, que los hechos contenidos en su declaración no eran efectivos. Además, declaró que él mismo no participó en el ataque a la casa de los Luchsinger y que por lo tanto tampoco era efectivo lo que ahí se señalaba respecto de la participación de los demás. El testigo Peralino, además, aseveró que su testimonio fue producto de presiones indebidas y hostigamientos realizados

15 Causa RIT 150-2017

en su contra por parte de la Policía de Investigaciones. La Fiscalía, por su parte, argumentó que ello constituía una “retractación” y que el testigo Peralino lo hizo por miedo a los imputados. Ante la gravedad de los hechos que declara José Manuel Peralino en audiencia, la Jueza de Garantía ordena al Ministerio Público que investigue los hechos y el denunciante presenta una querrela que actualmente está siendo tramitada por el Juzgado de Garantía de Temuco¹⁶.

Otro punto importante es que este proceso reviste los mismos hechos imputados al Machi Celestino, por lo que si en su condena se imputó el delito no agravado por Ley Antiterrorista, no tendría tampoco porqué aplicarse respecto de los demás acusados la cuestionada ley. Tras la realización de un extenso Juicio Oral, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco (TOP), el día 25 de noviembre absolvió a los 11 imputados en el caso¹⁷, estableciendo como principales argumentos del veredicto:

- La prueba aportada por los acusadores resultó insuficiente para demostrar el carácter terrorista del ilícito
- La referida prueba de cargo aportada por el Ministerio Público y los querellantes fue insuficiente para formar convicción en los Jueces respecto de la participación que correspondió a los acusados en los hechos
- La única fuente de información de la que derivan todas las demás probanzas de imputación, respecto de la participación de los acusados, está constituida por las dos declaraciones de José Peralino Huinca prestadas en fase de investigación. Sin embargo, la declaración de fecha 08 de noviembre de 2013 a juicio de estos sentenciadores **adolece de vicios de legalidad que impiden otorgarle mérito probatorio**
- Resultaba imprescindible la existencia de elementos de prueba, obtenidos a través de otras fuentes probatorias, diferentes y autónomas, que permitieran corroborar el contenido de dichas afirmaciones (las de Peralino), lo que no ocurrió en este juicio.

16 Causa RIT 5021-2016

17 http://www.pjud.cl/web/guest/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/caso-luchsinger-mackay-top-de-temuco-absuelve-a-comuneros-mapuches-por-falta-de-participacion-en-los-hechos

ii. Caso Iglesias

La causa denominada “Caso Iglesias”¹⁸ que actualmente se encuentra en la etapa de preparación de Juicio Oral, en donde se imputa a 4 comuneros mapuche el delito de incendio terrorista, y respecto de uno de ellos, el porte ilegal de municiones, respecto del ataque incendiario de un templo evangélico en el año 2016 en la comuna de Padre Las Casas específicamente en el sector Niágara, en la región de La Araucanía, donde un grupo de encapuchados habría obligado a un grupo que participaba de un culto a salir de él para luego incendiarlo. Ellos fueron detenidos a más de 10 kilómetros del lugar producto de un control de identidad. Respecto de esta causa y tras más de un año de prisión preventiva el 7 de junio de 2017 los acusados deciden iniciar una huelga de hambre en la que demandan la no aplicación de la Ley Antiterrorista, el inicio de un juicio justo y la no utilización de testigos sin rostro.

Esta huelga se extiende hasta el 30 de Septiembre del mismo año, que por el delicado estado de salud, y por sobre todo la presión social ejercida tanto por la comunidad internacional como local¹⁹, mapuche y no mapuche, el término de la huelga respecto de 3 de ellos y se basa en el compromiso adoptado con el Gobierno de recalificar la querrela por Ley Antiterrorista en su rol de querellante. Sin embargo uno de ellos continúa con la medida de presión a fin de obtener certeza respecto de este compromiso.

EL 6 de octubre, los expertos de la ONU Victoria Tauli-Corpus, Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; José Antonio Guevara Bermúdez, Presidente Relator del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria y Fionnuala Ní Aoláin, Relatora Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo,

18 Causa RIT 5090-2016

19 Organizaciones demuestran preocupación por la situación de la huelga de hambre y envían carta al ministro del interior por la situación de la huelga (Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos de Temuco (CINPRODH), JUPIC Araucanía, Observatorio Ciudadano, Red de Acción por los derechos Ambientales (RADA), Centro de Investigación y Defensa del Sur (CIDSUR), Casa Autogestionada de Mujeres del Ngulumapu, Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos de La Araucanía y Comisión Ética Contra la Tortura-Temuco

hicieron público un pronunciamiento mediante el cual “*urgen a Chile no usar Ley Antiterrorista contra indígenas mapuche*”²⁰.

Tras la recalificación de la querrela por parte del Gobierno, el proceso actualmente se encuentra a la espera de la realización de la audiencia de Preparación de Juicio Oral.

iii. Operación Huracán

La denominada “Operación Huracán”²¹, efectuada el 23 de septiembre y que resultó en la detención de 8 reconocidos dirigentes mapuche de diversos territorios de la región del Bío Bío, La Araucanía y Los Ríos, incluyendo al líder de la CAM Hector LLaitul, y al machi (autoridad tradicional mapuche) Fidel Tranamil. Esta acción tuvo su origen en una investigación encabezada por el Ministerio Público y que involucró al Ministerio del Interior, a Carabineros e incluso a integrantes del Poder Judicial²². En esta investigación se imputa el delito de asociación ilícita terrorista, además del delito de incendio terrorista respecto de dos de ellos. A juicio de la defensa, se utilizó para realizar los nexos de la investigación la Ley N° 19.974²³ para la interceptación de comunicaciones privadas, a través de la autorización de un ministro de la Corte de Apelaciones.

20 <http://acnudh.org/expertos-onu-urgen-a-chile-no-usar-ley-antiterrorista-contra-indigenas-mapuche/>

21 Causa RIT: 7228-2017

22 El día 21 de septiembre se desarrollo en Temuco la Primera Sesión del Comité Policial de la Macro Zona Sur, en el que participaron los presidentes de las Cortes de Apelaciones de Concepción, Temuco y Valdivia, junto con los Jefes de Zona de la policía de Carabineros, las autoridades Políticas y los Fiscales Regionales de las Regiones del Bío Bío, La Araucanía y Los Ríos. Llama la atención profundamente que 2 días después de dicha reunión se haya llevado adelante la “Operación Huracán”. AL respecto: http://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/presidentes-de-las-cortes-de-apelaciones-de-concepcion-temuco-y-valdivia-asisten-a-la-primera-sesion-del-comite-policial-de-la-macro-zona-sur

23 Ley sobre el sistema de inteligencia del estado y crea la agencia nacional de inteligencia

De acuerdo a lo expuesto por la defensa de los imputados, las figuras contempladas en dicha ley no pueden ser utilizadas en procesos judiciales, porque el fin para el que fue creada es aquel que esta misma expresamente señala (inteligencia-contrainteligencia). Por otra parte, durante la Audiencia de Control de Detención, se señaló que en la carpeta investigativa se obtuvieron y presentaron conversaciones anteriores a la fecha autorizada (30 días previos), cuestión que no es expresamente permitida en la misma ley, señalándose que aquellas autorizaciones estarían viciadas, y todas las intervenciones de comunicaciones previas a la autorización no tendrían valor probatorio por lo que ni siquiera debieron ser consideradas al momento de decretar la prisión preventiva.

Además, se sostiene que la referida ley antiterrorista para el delito de asociación ilícita de este carácter requiere que esta asociación sea con la finalidad de cometer algún delito que sea terrorista, sin embargo los delitos base por los cuales se formalizó la investigación no caben dentro de los que señala la misma ley, (sin perjuicio de que el Ministerio Público le atribuya otra calificación jurídica). Los delitos base se refieren a la quema de camiones, los que el Ministerio Público encuadró dentro del tipo penal del artículo 476 N° 2 del Código Penal, pero de forma objetiva y considerando la naturaleza jurídica de bien mueble de los camiones estos corresponderían al tipo penal del artículo 477 del Código Penal, el que no se encuentra comprendido dentro de los delitos que pueden tener el carácter de terrorista en atención al artículo 2 numeral 1° de la Ley 18.314.

En atención a la medida cautelar de prisión preventiva, la Corte Suprema acogió el día jueves 19 de octubre de 2017 la apelación en contra de la resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco que denegó el recurso de amparo interpuesto por la defensa de los imputados en contra de la resolución dictada por la juez de garantía Luz Mónica Arancibia Mena, por considerar que esta carecía de fundamentación al momento de decretarse la medida cautelar y, además, no se hacía cargo de las alegaciones hechas por los defensores.

En ese sentido, la Corte Suprema resolvió acoger la Acción de Amparo ordenando la libertad inmediata de todos los imputados, ya que los ministros por unanimidad consideraron que aquella resolución era ilegal por carecer de la fundamentación jurídica requerida en cuanto a la participación de los imputados. Además, dos ministros como voto de minoría estuvieron por declarar la ilegalidad por falta de fundamentación en cuanto a la existencia del delito y a la necesidad de cautela, desestimando además las letras a) y c) del artículo 140 del Código Penal.

3.2 Los Órganos Internacionales de Derechos Humanos y la aplicación de la Ley Antiterrorista

El hecho de que en este caso, agentes estatales sigan utilizando una ley de excepción como es la Ley Antiterrorista, en contra de personas pertenecientes al Pueblo Mapuche, significa una seria vulneración al debido proceso, y además, un serio incumplimiento de las obligaciones internacionales del estado de Chile. Cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), en sentencia del 29 de mayo de 2014 en el caso *Norín Catrimán y otros v/s Chile* condenó al Estado chileno por violar derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana a ocho miembros del pueblo Mapuche, por la utilización de la Ley Antiterrorista. En dicha sentencia la Corte concluyó: *“que Chile violó el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de las ocho víctimas de este caso por haber mantenido vigente y aplicado el artículo 1° de la Ley N° 18.314 que contenía una presunción legal del elemento subjetivo del tipo terrorista, elemento fundamental en la ley chilena para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo era”*²⁴. La Corte también concluyó que en la fundamentación de las sentencias condenatorias se utilizaron razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley²⁵. En el fallo la Corte hace un llamado de atención al estado de Chile por la existencia de una legislación que no garantiza el derecho al debido proceso, poniendo especial atención y haciendo recomendaciones en relación al uso de testigos con identidad reservada que no garantizan el derecho a la contrainterrogación, ordenando se modifique esta legislación.

Cabe señalar además, que diversos órganos de Tratado del Sistema de las Naciones Unidas han manifestado en sus Informes sobre Chile una preocupación similar a la de la Corte IDH en relación con la aplicación de esta legislación de excepción a defensores de derechos del Pueblo Mapuche. Entre estos órganos cabe mencionar:

El Comité de Derechos Humanos, órgano que respecto del antiterrorismo señaló el 2014: *“El Comité sigue preocupado ante la definición de terrorismo*

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *“Norín Catrimán y otros vs. Chile”*, 29 de mayo de 2014, párrs. 168 a 177.

25 *Ibid.* párrs. 223 a 228 y 230

*comprendida en la Ley Antiterrorista, la cual es demasiado amplia y puede dar lugar a arbitrariedades en su aplicación. Por ejemplo, pese la información de la delegación de que esta ley no se utiliza para la persecución penal contra miembros de la comunidad mapuche, al Comité le preocupa información que señala que dicha ley ha sido utilizada para la investigación y, en algunos casos, para la persecución penal de miembros de las comunidades mapuches*²⁶. Además, señaló que el Estado debe reformar la ley antiterrorista y dar un concepto claro de lo que debe entenderse por terrorismo con el fin de que no esté referida a determinadas personas de cierto origen étnico.

Por su parte, el **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial** (2013) manifestó su especial preocupación por la *“aplicación desproporcionada de la ley a miembros del pueblo mapuche por actos ocurridos en el contexto por reclamos por sus derechos, incluyendo reclamos de derechos ancestrales, le preocupa la falta de criterios legales objetivos para la aplicación de dicha ley cuando se les haya imputado un acto terrorista y la calificación de los delitos por la policía y los fiscales, lo que podría violar el principio de legalidad, igualdad y no discriminación. El Comité reitera también su preocupación sobre el uso indebido y excesivo de la fuerza contra miembros de comunidades Mapuches, incluyendo niños, mujeres y ancianos, por los Carabineros y la Policía de Investigaciones en el cumplimiento de órdenes de registro y otras operaciones policiales”*²⁷. Atendido lo anterior el Comité realizó una serie de recomendaciones a Chile en cuanto a la revisión de la ley, que escuche las recomendaciones, que investigue las situaciones de violencia cometidas por funcionarios estatales, entre otras.

También, el **Comité contra la Tortura** (2009) se refirió a esta materia señalando que *“al Comité le preocupan las numerosas denuncias recibidas que apuntan a una persistencia de actuaciones abusivas por parte de los agentes policiales contra integrantes de pueblos indígenas, en particular, contra miembros del pueblo mapuche. Le preocupa al Comité especialmente que entre las víctimas de esas actuaciones se encuentren mujeres, niños,*

26 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 13 de agosto de 2014, CCPR/C/CHL/CO/6

27 Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, 23 de septiembre de 2013, CERD/C/CHL/CO/19-21

niñas y personas de avanzada edad"²⁸. De la misma manera señaló que el Estado parte debe tomar medidas necesarias, que lleven a investigaciones prontas y efectivas sobre abusos cometidos en contra de integrantes de pueblos originarios, proporcionar información sobre las personas de etnia indígena a las que se les ha aplicado la ley antiterrorista entre otras.

De esta manera los distintos órganos de Naciones Unidas coinciden en condenar la aplicación de la Ley Antiterrorista cuando esta se centra en criminalizar la protesta social indígena cuya causa es la demanda de derechos políticos y ancestrales. Así mismo han manifestado el rechazo al actuar represivo por parte de la policía en contra de hombres, mujeres, ancianos y niños de este pueblo, lo que comprende también casos de tortura y tratos inhumanos, que en algunos casos a terminado en muerte²⁹.

Como se puede ver, existe un consenso en la comunidad internacional, de que la Ley Antiterrorista es una ley vulneratoria de los derechos humanos. Por lo mismo han conminado al estado de Chile a no utilizarla en contra de personas pertenecientes al Pueblo Mapuche. Lamentablemente, pese a ello, tanto el Gobierno como el Ministerio Público han hecho caso omiso de dichas recomendaciones, continuando con el uso arbitrario de dicha normativa, producto de los cual ponen a nuestro país en una situación de incumplimiento frente a la comunidad internacional.

Además, es posible evidenciar que la utilización de la Ley Antiterrorista ha sido una herramienta de criminalización y estigmatización social de las personas mapuche que participan en procesos de reivindicación de derechos y en particular al territorio. Ello queda evidenciado en el alto índice de absoluciones de las personas procesadas por dicha Ley, demuestra su utilización como herramienta para mantener en prisión preventiva a personas mapuche que luchan por sus derechos, producto de las presiones de los gremios productivos de la región, así como también de los sectores políticos que defienden sus intereses.

28 Observaciones finales al informe de Chile, 23 de junio de 2009, CAT/C/CHL/CO/5

29 En este contexto se menciona la muerte de Alex Lemún, Jaime Mendosa Collio y Matias Catrielo los años 2001, 2009 y 2008 respectivamente.

4. DESAFÍOS

Sin lugar a duda las situaciones antes descritas dejan abierta una serie de desafíos que se deben enfrentar como país para asegurar una convivencia interétnica armónica y respetuosa de los derechos humanos.

En primer término, es fundamental impulsar las transformaciones institucionales que permitan que el estado de Chile se reconozca como un Estado Plurinacional, compuesto de muchos pueblos que habitan un mismo gran territorio, para que de esa manera reconozca a los pueblos indígenas sus derechos colectivos tan trascendentales como la libre determinación, la autonomía, el derecho al territorio y los recursos naturales, el derecho a definir prioridades en materia de desarrollo, entre otros. Ello debe plasmarse, a nuestro juicio, en una nueva Constitución construida a través de un proceso constituyente con involucramiento y participación activa de todos los pueblos que habitan en este país.

En lo relativo a las situaciones de violencia policial, es urgente avanzar en el cumplimiento de sentencias judiciales que han instado a la elaboración de protocolos de actuación en comunidades. En lo relativo a las sanciones administrativas es necesario reformar la estructura interna de Carabineros de Chile, para que existan procedimientos administrativos que efectivamente impliquen sanciones para los funcionarios policiales que ejerzan fuerza desmedida. Además, dicha responsabilidad debe ser extensiva al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, ya que es éste el encargado de definir las políticas policiales del país y, por lo mismo, velar porque su funcionamiento sea consistente con los derechos fundamentales. Por último, es necesario que el Ministerio Público desarrolle investigaciones serias, imparciales y en profundidad para establecer y sancionar las responsabilidades de los funcionarios policiales que ejercen fuerza desmedida en contra de las personas y, en especial, en contra de hombres, mujeres y niños pertenecientes al Pueblo Mapuche.

En lo relativo a la criminalización de la protesta social, es prioritaria la modificación de la Ley Antiterrorista, para adecuarla a los estándares internacionales y hacerla concordante con el principio del Debido Proceso. Para ello es necesario tener una definición más precisa del tipo penal de “terrorismo”, lo que evitaría su utilización tendenciosa con fines criminalizadores, como ha sido hasta el momento.

En el plano legislativo, es necesario modificar la normativa vigente de modo de impedir el uso abusivo de la función persecutoria del Ministerio Público en contra de integrantes del pueblo mapuche por hechos de protesta social. En este sentido, se hace indispensable establecer procedimientos a través de los cuales se puedan investigar y hacer efectivas las responsabilidades de los Fiscales que han llevado adelante persecuciones penales infundadas en contra de personas mapuche con el solo fin de criminalizarlas.

En esta publicación se analiza la situación de tres derechos fundamentales de los pueblos indígenas, cuyo ejercicio se ha visto seriamente restringido o amenazado en el país; el derecho humano al agua, a la biodiversidad y al medio ambiente, y el derecho a la protesta social. En el primer caso, Hernando Silva analiza el Código de Aguas (Decreto con Fuerza de Ley N° 1122 de 1981), así como la norma constitucional (artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución Política de 1980), y las implicancias adversas que este ha tenido en el territorio mapuche. Ello como consecuencia de la expansión, al amparo de esta normativa, de proyectos productivos y de infraestructura, en particular centrales hidroeléctricas, los que han resultado en la apropiación de este recurso por privados. El mismo autor analiza el proyecto de reforma del Código de Aguas que fuera aprobado por la Cámara de Diputados el 2016, hoy en estudio por el Senado, dando cuenta que si bien este avanza en el reconocimiento del derecho humano al agua y en la protección de la aguas indígenas, no excluye a los territorios indígenas del régimen privatista de derechos de aprovechamiento de aguas ya constituidos bajo el Código vigente.

En el segundo caso Felipe Guerra analiza los modelos de conservación de la naturaleza y las áreas protegidas impulsados por los Estados, incluyendo a Chile, así como el desplazamiento que este ha generado de los pueblos indígenas de sus territorios ancestrales. El autor analiza las indicaciones que organizaciones de pueblos indígenas y de sociedad civil elaboraron en relación con el proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las que incidieron en la consulta indígena de este proyecto impulsada por el gobierno el 2016. Concluye señalando, sin embargo, que las indicaciones presentadas por el Ejecutivo al Senado el 2017 luego de la consulta no recogieron las observaciones formuladas por los pueblos indígenas en este proceso lo que plantea desafíos importantes.

Por último en el tercer caso, Hernando Silva ejemplifica en el caso del pueblo mapuche las limitaciones impuestas por el Estado chileno al derecho a la protesta social indígena. El autor identifica entre los factores determinantes de la protesta social la pérdida territorial y la instalación de proyectos de inversión en sus territorios ancestrales. De acuerdo al autor, esta protesta ha sido aplacada a través del uso excesivo de la fuerza por parte de agentes policiales en contra de integrantes de este pueblo, con resultado de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, e incluso de muerte. También, da cuenta de la política de criminalización impulsada por el Estado en contra de miembros del movimiento mapuche. Es así como entre el año 2009 a la fecha han existido 11 causas penales abiertas, en las que se les ha imputado a 78 personas mapuche la participación en delitos de carácter terrorista, de las cuales solo una resultó condenada por falta de pruebas.

La publicación concluye afirmando la urgente necesidad de introducir transformaciones jurídicas y políticas que permitan otorgar protección efectiva a estos derechos hoy conculcados, de modo de contribuir a superar el conflicto intercultural entre el Estado chileno y el pueblo mapuche.

