

CASO RALCO

OBSERVACIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA PETICIÓN TRAS OBJECCIÓN DEL ESTADO

Junio, 2003

Estas Observaciones fueron presentadas por los abogados Roberto Celedón y Marcos A. Orellana a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el día 30 de Junio del 2003, en respuesta a las objeciones a la admisibilidad de la Petición opuestas por el Estado de Chile. Estas Observaciones cristalizan la colaboración de un equipo jurídico coordinado por el *Centro para el Derecho Internacional Ambiental* (CIEL), donde han participado:

José Aylwin – Abogado, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera

Roberto Celedón, Abogado, Director Clínica Jurídica de la Universidad de Talca

Hernán Echaurren, Economista

Sergio Fuenzalida – Abogado, Programa Derechos Indígenas, Universidad ARCIS

Rodrigo Lillo – Abogado, Clínica Jurídica, Universidad Católica de Temuco

Marcos A. Orellana – Abogado, Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL)

TABLA DE CONTENIDOS

- I. El Caso Ralco: Violación de Derechos Fundamentales de Comunidades Indígenas

 - II. Breve Exposición de Hechos Acaecidos con Posterioridad a la Presentación de la Petición
 - A. Solicitud de la CIDH de Mantener el Status Quo y de No Agravar la Controversia
 - B. Condiciones de Presión que Enmarcan los Esfuerzos por Alcanzar una Solución Amistosa
 - C. Riesgo Grave e Inminente de Relocalización Forzada: Recurso de Protección Presentado por Endesa en Contra del Superintendente de Electricidad y Combustibles
 - D. Fallo de Primera Instancia del Sexto Juzgado Civil de Santiago, tras casi Seis Años de Tramitar la Demanda de Nulidad de Derecho Público del EIA de la Central Ralco

 - III. Distinciones Preliminares sobre la Admisibilidad, el Fondo, y la Responsabilidad Internacional
 - A. Admisibilidad: Requisitos Formales de la Petición y los Objetivos de la Convención
 - B. Fondo: Directa Relación entre el Agotamiento de los Recursos Internos y la Violación de los Artículos 25, 8, y 1 de la Convención
 - C. Responsabilidad: Las Consecuencias de un Hecho Internacionalmente Ilícito no Afectan el Deber del Estado de Cumplir la Obligación Violada

 - IV. Análisis de la Admisibilidad de la Petición
 - A. Cumplimiento con los Requisitos de los Artículos 46 y 47
 - B. Cumplimiento con el Requisito de Haber Agotado los Recursos Internos
 - i. Los Principios de Derecho Internacional Generalmente Aplicables
 - a) Los Recursos Previstos por el Estado Fueron Ineficaces e Inadecuados para Prevenir y Remediar la Violación de los Derechos de los Peticionarios
 - 1. Medidas Conservadoras
 - 2. Recursos de Protección
 - ii. Las Excepciones del Artículo 46(a)
 - a) Retardo Injustificado en la Decisión sobre los Recursos
 - b) Lo Injustificable del Retardo debe ser Evaluado a la Luz de las Circunstancias del Caso
-
- V. Análisis de la Obligación Secundaria de la Cesación del Comportamiento Ilícito
 - A. Las Consecuencias de un Hecho Internacionalmente Ilícito no Afectan el Deber del Estado de Cumplir la Obligación Violada
 - B. Obligación Secundaria de Cesar el Comportamiento Ilícito
 - C. La Cesación del Comportamiento Ilícito no Afecta la Admisibilidad de la Petición

VI. El Estado en su Respuesta Pretende Desviar la Atención de la Comisión de la Gravedad de la Violación de los Derechos de los Peticionarios

- A. El Estado en su Respuesta le Imputa a los Peticionarios Intenciones Injuriosas por el Hecho de Denunciar la Denegación de Justicia.
- B. El Estado en su Respuesta le Imputa a los Peticionarios la Intención de Confundir a la Comisión

VII. Peticiones

- A. Que la CIDH Solicite al Estado Adopte las Medidas Necesarias para Evitar la Inundación de las Tierras Indígenas y la Relocalización de las Familias Peticionarias
- B. Que la CIDH Solicite al Estado Informe sobre el Cumplimiento de la Mantención del *Status Quo*
- C. Que De Constatarse El No Cumplimiento De Las Medidas Solicitadas Por La Comisión, Que La Comisión Solicite A La Corte Ordene Medidas Provisionales.
- D. Que la CIDH Abra el Caso y Declare su Admisibilidad
- E. En Subsidio, Que la CIDH Abra el Caso y Difiera el Tratamiento de la Admisibilidad hasta la Discusión sobre el Fondo

Anexo I: Observaciones a la Política Eléctrica Implementada por el Estado de Chile

Anexo II: Observaciones a la Política Indígena Implementada por el Estado de Chile

I. El Caso Ralco: Violación de Derechos Fundamentales de Comunidades Indígenas

1. Los peticionarios son Mapuche-Pehuenches integrantes de la Comunidad Indígena Ralco-Lepoy, ubicada en el sector de Alto Bío-Bío, en la Cordillera de Los Andes, centro sur de Chile, zona en donde han habitado ancestralmente las comunidades Pehuenches. La Central Ralco es la segunda de una serie de siete centrales hidroeléctricas en la cuenca superior del río Bío Bío, las que en su conjunto implicarían la inundación y destrucción de alrededor de 22.000 hectáreas del territorio ancestral de Comunidades Indígenas Mapuche-Pehuenche.

2. La expulsión por la fuerza de los peticionarios de sus tierras con motivo de la realización del Proyecto Ralco constituye una violación flagrante a su derecho a la vida y a la integridad personal, así como al derecho a conservar y practicar su religión y a mantener su cultura y creencias, derechos que se encuentran íntimamente vinculados con la conservación de su territorio y hábitat ancestral, sus espacios ceremoniales y cementerios.

3. Cabe enfatizar que para las familias indígenas víctimas de las violaciones denunciadas, la vida, la espiritualidad y la cultura no son dimensiones separadas en su relación con la tierra, sino que están esencialmente unidas en su cosmovisión de respeto a la naturaleza y de comunión con los espíritus de los antepasados que habitan en los volcanes, ríos, quebradas y bosques del Alto Bío Bío. Por consiguiente, la privación de sus tierras, más aun de manera compulsiva, como se pretende, constituye una agresión a su identidad como pueblo, a su dignidad como personas, y a sus creencias y cultura indígena.

4. El Estado chileno viola gravemente los derechos a la propiedad privada de los peticionarios al autorizar la inundación y destrucción de sus tierras ancestrales y al dar inicio a un proceso de evicción forzosa, que vulnera la protección especial establecida para las tierras indígenas por la Ley Indígena y las normas internacionales sobre la materia, afectándose irreversiblemente elementos esenciales del dominio, como son la facultad de usar y gozar de los bienes.

5. Los múltiples recursos interpuestos ante los Tribunales de Justicia chilenos han resultado completamente ineficaces en orden a otorgar una efectiva protección a los derechos fundamentales de los peticionarios. Incluso, los Tribunales han rechazado siquiera conocer el fondo del último recurso de protección interpuesto, configurando un claro ilícito de denegación de justicia.

6. Estas Observaciones a la respuesta del Estado de Chile vienen a complementar el análisis de admisibilidad incluido en la Petición.¹ Estas Observaciones demuestran cómo se ha denegado justicia, violación que se encuentra íntimamente ligada al agotamiento de los recursos internos como condición de admisibilidad. Esta presentación también elabora sobre el derecho de la responsabilidad internacional del Estado, el cual le impone al Estado el deber de cumplir con las obligaciones violadas y el deber de cesar en su conducta ilícita, lo cual se traduce en la obligación de otorgar amparo judicial a los derechos de los peticionarios. Antes del análisis de la admisibilidad y la responsabilidad, esta presentación ofrece breves observaciones sobre los hechos acaecidos desde la presentación de la petición en Diciembre del 2002.

¹ Estas Observaciones, más que entrar en la discusión acerca del fondo de la controversia, tienen como objetivo demostrar cómo se cumplen los requisitos de admisibilidad de la Petición.

II. Breve Exposición de Hechos Acaecidos con Posterioridad a la Presentación de la Petición

7. Con posterioridad a la presentación de la Petición el día 10 de Diciembre del 2002, la construcción de la Represa Ralco ha continuado sin interrupción, alcanzando más de un 85% de avance. Esta situación hace que la presión de la empresa y del gobierno se hayan vuelto insostenibles, amenazando gravemente el derecho a la vida y afectando la salud física y psíquica de las familias indígenas.

8. En efecto, los últimos reportes que llegan desde el Alto BioBío indican que las tierras de las denunciadas están siendo inundadas por el embalse de la Central Ralco.² Esta modificación al *status quo* agrava la responsabilidad del Estado por violación de los derechos de las familias indígenas. A su vez, la realidad de la inundación en terreno agrava la controversia y coloca al Estado en incumplimiento de las medidas de protección solicitadas por la Comisión.

II.A. Solicitud de la CIDH de Mantener el *Status Quo* y de No Agravar la Controversia

9. La Comisión, consciente de la amenaza grave e inminente a los derechos fundamentales de las familias indígenas y para evitar un daño irreparable a la vida y a las tierras indígenas de los denunciados, en el estado actual de avance de la Central Ralco y en atención al procedimiento de evicción forzada, le ha solicitado al Estado de Chile mantener el *status quo* y no agravar la controversia.

10. El Estado de Chile solo ha dado cumplimiento parcial de esta solicitud. Por una parte ha mantenido congelado el procedimiento de evicción forzosa de acuerdo a las disposiciones del *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos*. Pero por otra parte, la construcción de la Central Ralco ha continuado sin interrupciones, lo que en los hechos significa un cambio en la situación existente al momento de la solicitud por parte de la Comisión, cambios que agravan la controversia pues amenazan con inundar las tierras de las familias indígenas peticionarias. Sobre este punto cabe recalcar que la construcción del muro de la represa inevitablemente presenta la amenaza de inundación, pues los túneles de desvío no son lo suficientemente grandes para canalizar los mayores volúmenes de agua en períodos de altas lluvias invernales.

11. En relación con las medidas cautelares solicitadas por la Comisión, cabe recordar que la misma Comisión ha reiterado que sus solicitudes sobre medidas cautelares constituyen una obligación internacional que el Estado *debe* cumplir.³ En el *Caso de los Detenidos en Guantánamo Bay*, la Comisión señaló,

La Comisión apunta preliminarmente que su autoridad para recibir y otorgar solicitudes de medidas cautelares bajo el artículo 25(1) de sus Reglas de Procedimiento es, como en la práctica de otros órganos internacionales de derechos humanos, un componente necesario y bien establecido de los procedimientos de la Comisión. En efecto, donde tales medidas son consideradas esenciales para preservar el exacto mandato de la Comisión bajo la Carta de la

² Comunicado de Prensa, Agencia Orbe, Lunes 23 de Junio de 2003, 17:30, (Acompañada como evidencia). El Diputado de la República de Chile, Alejandro Navarro, tras visita al Alto BioBío, denuncia que tierras Pehuenches están siendo inundadas por Endesa.

³ Ver IACHR, Fifth Report on the Situation of Human Rights in Guatemala, OEASer.L/V/II.111 doc. 21 rev. (6 April 2001), paras. 71-72; *Juan Raul Garza v. United States*, Case No. 12.243, Report No. 52/01, Annual Report of the IACHR 2000, para. 117.

OEA, la Comisión ha fallado que los estados miembros de la OEA están sujetos a la obligación internacional de cumplir con una solicitud de tales medidas.⁴ (*traducción no oficial*)

12. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) también ha afirmado que sus decisiones acerca de la procedencia de medidas provisionales no son “meros exhortos”, sino que tienen carácter y efecto obligatorio por constituir una obligación internacional.⁵ Así en el *Caso La Grande*, la CIJ falló en contra de los Estados Unidos por haber incumplido su resolución de no alterar el *status quo* mientras se discutía el mérito de la aplicación de Alemania. En este caso, la CIJ también dictaminó que las Partes se encuentran en la obligación de no permitir se adopten medidas de tipo alguno que puedan agravar la controversia.⁶

II.B. Condiciones de Presión que Enmarcan los Esfuerzos por Alcanzar una Solución Amistosa

13. Las familias indígenas peticionarias y el Estado denunciado han intentado solucionar esta controversia por la vía amistosa, de acuerdo a lo planteado ante la Comisión en audiencia convocada el día miércoles 26 de febrero de 2003. Numerosas reuniones han tenido lugar, primero en Chile, luego en Washington DC, y posteriormente en diferentes ciudades de Chile durante el curso del primer semestre del 2003. Sin embargo, estas conversaciones no han prosperado.

14. Con todo, mientras las partes intentaban alcanzar un acuerdo, la construcción de la represa ha continuado día y noche, lo cual impone condiciones ilegítimas de presión sobre las familias para que abandonen sus tierras. Utilizando una metáfora, es como negociar con una pistola al pecho, ya que el muro de la represa necesariamente va a ocasionar la inundación y destrucción de las tierras indígenas de las familias peticionarias durante períodos de altas lluvias.

II.C. Riesgo Grave e Inminente de Relocalización Forzada: Recurso de Protección Presentado por Endesa en Contra del Superintendente de Electricidad y Combustibles.

15. El 10 de junio de 2003, mediante un comunicado de prensa,⁷ la empresa Endesa señala que la Corte de Apelaciones de Santiago declaró admisible su recurso de protección en contra del Superintendente de Electricidad y Combustibles, por haber retenido, de facto, el informe de la tasación de las tierras indígenas. Como se señala en las secciones anteriores, el Superintendente ha mantenido congelado el procedimiento de relocalización forzada en atención a la medida solicitada por la Comisión de mantener el *status quo* y no agravar la controversia.

16. Esta acción judicial agrava significativamente el riesgo de relocalización forzada, ya que un fallo favorable a la empresa da lugar a continuar con el procedimiento establecido en el *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos* para la relocalización forzada de las familias indígenas. En efecto, la notificación del informe de la tasación es parte del procedimiento previsto en *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos* para la toma de posesión de los terrenos afectos a servidumbre legal de ocupación, con el auxilio de la fuerza pública si fuese necesario, previa consignación judicial de los montos que se hayan determinado en los informes de valorización de la comisión tasadora.

⁴ Caso de los *Detenidos en Guantánamo Bay*, CIDH 12 de Marzo 2002.

⁵ Caso *La Grande*, Alemania v. Estados Unidos, Corte Internacional de Justicia, 27 Junio 2001, párr. 110.

⁶ *Id.* Párr. 103. Ver también, *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Order of 5 December 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 79*, p. 199.

⁷ *Endesa Chile Interpuso Recurso De Protección En Contra De La SEC*, 10 de junio de 2003, www.endesa.cl. (acompañado como evidencia)

II.D. Fallo de Primera Instancia del Sexto Juzgado Civil de Santiago, tras casi Seis Años de Tramitar la Demanda de Nulidad de Derecho Público del EIA de la Central Ralco

17. Otro hecho de importancia lo constituye la sentencia de primera instancia dictada el 15 de Mayo 2003 por el Sexto Juzgado Civil de Santiago, la cual declara la nulidad de derecho público de los actos administrativos de CONAMA en el marco de la evaluación del impacto ambiental de la Central Ralco. Cabe recordar que esta demanda fue ingresada el 2 de Junio de 1997, por lo que ha habido un retardo injustificable de casi seis años sólo en el fallo de primera instancia, cuyos efectos se encuentran de todas maneras suspendidos por la apelación de CONAMA, apelación que seguramente durará varios años más. En las palabras del Juez,

“V.- Se acoge, en todas sus partes, la demanda de lo principal de fs. 1, declarándose en consecuencia que adolecen de nulidad de derecho público los actos administrativos relativos a la presentación al sistema de evaluación de impacto ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la empresa Endesa, así como el procedimiento mismo de la evaluación de impacto ambiental del mencionado proyecto hidroeléctrico tramitado por CONAMA y todas las actuaciones administrativas realizadas por dicho servicio público en el marco del procedimiento administrativo ya referido, en especial se declara nula el Acta General de Acuerdos para el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco, suscrito entre las demandadas Endesa y CONAMA el 01 de septiembre de 1995, así como todas las actuaciones que del mismo se deriven.”

18. La sentencia viene a ratificar las acusaciones que por largo tiempo los Pehuenche afectados por Ralco, las organizaciones indígenas, entidades no gubernamentales nacionales y extranjeras, e incluso personeros del propio gobierno (exonerados por ello) han realizado en su momento en relación con las múltiples irregularidades y vicios de que adoleció el proceso de aprobación de Ralco, tanto en lo ambiental como en el plano de la autorización de las permutas de tierras requeridas para la construcción de esta central y exigidas por la *Ley Indígena*.

19. En efecto, cabe recordar que la aprobación de Ralco por CONAMA fue hecha con una fuerte intervención del Presidente de la época, Eduardo Frei, luego de que 20 servicios públicos rechazarán el EIA de Ralco dada su insuficiencia para cumplir con la normativa legal ambiental. Más grave aún, la autoridad aprobó el EIA contra la voluntad expresa y unánime manifestada por las dos comunidades directamente afectadas por Ralco, *Quepuca Ralco* y *Ralco Lepoy*, en carta dirigida a la Directora de CONAMA en 1996 en el marco de dicho proceso ambiental.

20. Las reacciones judiciales al fallo han sido varias. Por una parte CONAMA apeló el fallo, suspendiendo con ello los efectos de la sentencia y otorgándole jurisdicción a la Corte de Apelaciones de Santiago para conocer el mérito de la apelación. Sin embargo, como el proceso de apelación usualmente demora varios años, la realidad de la continua destrucción del espacio territorial Pehuenche continúa sin cambios. Por otra parte, los demandantes solicitaron al Juez de Instancia una medida cautelar para dar efecto a la sentencia y preservar los derechos de la demandante. Ante esta solicitud, el Juez resolvió que las obras podían continuar pero que las tierras no permutadas no se podían inundar. Sin embargo, el diseño de las obras implica que una vez construido el muro de concreto, en épocas lluviosas necesariamente las tierras serán inundadas. Con todo, esta medida precautoria fue apelada por CONAMA, por lo que la Corte de Apelaciones de Santiago va a revisar su procedencia en los próximos meses.

21. De acuerdo a las pretensiones del Estado en su objeción preliminar a la admisibilidad de la petición, la mera existencia de este proceso de nulidad de derecho público sería prueba que los recursos internos no se han agotado. De hecho el Estado pregunta cómo es posible que se hayan

agotado los recursos internos, si existe todavía un juicio pendiente.⁸ Sin embargo, la realidad de los hechos demuestra que los recursos iniciados y en curso han sido ilusorios e ineficaces para amparar los derechos fundamentales de las familias indígenas. En efecto, el reciente fallo de nulidad es ilusorio, pues resulta imposible retrotraer las cosas a su estado original: los bosques nativos que formaban parte del territorio pehuenche en las riberas del río Bío-Bío hasta la línea que marca la cota máxima del embalse han sido talados. Se han instalado estratégicamente botaderos del material estéril en el entorno de las hijuelas de las denunciantes. Todo el tiempo ha operado la maquinaria pesada de la empresa y sus camiones han transitado día y noche por el camino que unía las hijuelas de los Pehuenche.

22. En este sentido, la destrucción ambiental y la construcción del muro jugó un papel determinante para presionar la voluntad de los miembros de las comunidades indígenas a fin de que aceptaran las permutas ofrecidas por Endesa. O sea, no es efectivo, como pretende el Estado, que la voluntad de la mayoría de los afectados de permutar sus tierras hubiere sido libre y espontánea.⁹ Los estudios realizados por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) bajo la dirección de su removido Director Nacional, Domingo Namuncura Serrano, que indagaron la voluntad real de los indígenas que suscribieron acuerdos de permuta con la empresa demuestran todo lo contrario.¹⁰

23. En definitiva, estas Observaciones demuestran cómo las diferentes instancias judiciales a las que se solicitó la paralización de obras, a sabiendas de los efectos irreversibles que sobre el entorno territorial de las comunidades pehuenche acarrearían las mismas, consintieron en su continuación. De ese modo objetivamente los tribunales permitieron que ENDESA generara una situación de hechos consumados hasta el punto de convertir los recursos judiciales en ilusorios y abstractos. En conclusión, las circunstancias del caso, la destrucción ambiental irreversible de la cuenca del Alto BíoBío, la desintegración de las Comunidades Mapuche-Pehuenche de Ralco Lepoy y Quepuca Ralco, la afectación ilegítima al derecho de propiedad sobre sus tierras ancestrales, incluyendo sus cementerios y espacios ceremoniales, la perturbación a la espiritualidad y cultura indígenas, la amenaza al derecho a la vida, y los daños causados a la salud física y psíquica de las familias peticionarias constituyen el único parámetro serio para demostrar la manifiesta tardanza en la administración de justicia, que en el caso ha redundado en su simple y llana denegación.

III. Distinciones Preliminares sobre la Admisibilidad, el Fondo, y la Responsabilidad Internacional

24. Al inicio de la discusión sobre admisibilidad, fondo, y responsabilidad, cabe hacer ciertas precisiones en torno a los principios que rigen esta materia. Por una parte se halla la necesaria complementariedad entre la jurisdicción internacional y la interna. Por otra parte se encuentran los criterios de interpretación que guían la armonización entre ambas esferas normativas. Y por último, cabe recalcar que el Estado no puede justificar la violación de sus obligaciones internacionales invocando su legislación interna,¹¹ como sería la aplicación del *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos*.¹²

⁸ Respuesta Estado, 25 marzo 2003, pg. 9

⁹ Respuesta Estado, 25 Marzo 2003, pg. 34.

¹⁰ Las entrevistas a las familias que permutaron se encuentran en las Actas Notariales de la Notaría de Santa Bárbara, firmadas por el Notario Público de Santa Bárbara, don Selim Parra.

¹¹ *Greco-Bulgarian "Communities"*, Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17, p.32; *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 24; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 167; and, I.C.J. Pleadings, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947 (Case of the PLO Mission)* (1988) 12, at 31-2, para. 47.

¹² El *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos* fue dictado por una Junta Militar el año 1982.

25. Como lee el Preámbulo de la Convención y como ha señalado la Corte, la jurisdicción internacional de los derechos humanos es complementaria de la interna,¹³ lo cual acarrea consecuencias en los ámbitos de la admisibilidad, el fondo, y la responsabilidad. En relación al fondo, por ejemplo, la *Ley Indígena* reconoce que la tierra para los indígenas es el fundamento principal de su existencia y cultura, debiendo el Estado proteger las tierras.¹⁴ La jurisdicción internacional de los derechos humanos complementa la protección a las tierras establecida en sede interna, tal como lo ha señalado la Corte en el caso de los *Awás Tingni*, “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual y su supervivencia económica”.¹⁵ Sobre esta base, la Corte encontró que Nicaragua había violado el derecho a la propiedad sobre las tierras indígenas, al haber otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en tierras indígenas.¹⁶

26. A su vez, la armonización entre la jurisdicción interna y la jurisdicción internacional debe ser conducida hacia la realización efectiva de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, la ley, y la Convención. Esto es, la interpretación de la Convención, y la *Ley Indígena* debe ser realizada en el sentido de otorgarle efecto útil a las disposiciones que protegen la vida, salud, cultura, y espiritualidad de las familias indígenas, derechos que, como lo ha reconocido la Comisión y la Corte, se encuentran indisolublemente ligados a la protección de las tierras indígenas.

27. En otras palabras, como señala el artículo 29(b) de la Convención, ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas o de otras convenciones en que sea parte el Estado. A mayor abundamiento, como ha señalado la Corte, la interpretación debe adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales,¹⁷ las cuales reconocen el deber especial de protección que los Estados deben proporcionar a las comunidades indígenas.¹⁸ Por consiguiente, una interpretación evolutiva de las normas internas e internacionales exige el pleno respeto de los derechos fundamentales de las familias indígenas peticionarias.

28. Por último, a nivel de principios, cabe recalcar que el Estado, en circunstancia alguna, puede pretender justificar la violación de los derechos fundamentales a la vida y a la tierra de las familias indígenas invocando su legislación interna.¹⁹ En este sentido, cabe recalcar que todo el aparato estatal debe estructurarse de manera de propender a la efectiva realización de los derechos consagrados en la Convención.²⁰ Por tanto, cabe enfatizar que la aplicación del *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos* no puede, en caso alguno, justificar la violación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, la ley y la Convención.

III.A. Admisibilidad: Requisitos Formales de la Petición y los Objetivos de la Convención

29. Los requisitos de admisibilidad establecidos en la Convención cumplen la función de determinar la forma y condiciones que debe cumplir una petición para acceder a la jurisdicción

¹³ Corte I.D.H., caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, para. 61.

¹⁴ *Ley Indígena*, Artículo 1.

¹⁵ Corte I.D.H., caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 149.

¹⁶ *Id.* Párrs. 153-5.

¹⁷ *cf.* *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*.

Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

¹⁸ La Comisión ha reiterado el deber de protección especial que los Estados deben otorgar a las Comunidades Indígenas. www.cidh.org/indigenas. Ver también Caso *Yanomami* 12/85.

¹⁹ I/A Court H.R., Advisory Opinion 14/94, 1994, párr. 31 y 54.

²⁰ I/A Court H.R., “*The Last Temptation of Christ*” Case (*Olmedo Bustos et al.*). Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73, para. 87.

internacional de los derechos humanos. Estos requisitos son necesarios por varias razones, entre ellas para evitar la duplicidad de procedimientos a nivel internacional, tanto como para permitirle al Estado solucionar los problemas en sede interna antes de verse enfrentado a un proceso internacional. En este sentido, como ha señalado la Corte, el agotamiento de los recursos internos apunta a otorgarle al Estado la oportunidad de amparar los derechos en sede interna.²¹

30. Desde esta formulación de los requisitos de admisibilidad, estas Observaciones demuestran cómo el Estado, a pesar de la oportunidad que ha gozado en sede judicial interna, ha incumplido su obligación de suministrar recursos judiciales adecuados y efectivos a las víctimas. La efectividad de los recursos es un requisito establecido en el derecho internacional general,²² codificado en los artículos 46 y 47 de la Convención, el cual ha de ser evaluado a la luz de las circunstancias particulares del caso. Como se detalla en la Petición y en estas Observaciones, frente a cada recurso presentado, las autoridades judiciales chilenas han permitido la continuación de las obras, denegándole el amparo que asegura la Convención a los derechos de las familias indígenas.

31. Por otra parte, cabe también recalcar que los objetivos de la Convención en la promoción y amparo de los derechos fundamentales de los individuos y grupos en los países de las Américas son más importantes que las meras formalidades de requisitos procesales. Así por ejemplo, el Juez Trindade ha advertido los problemas que puede generar el excesivo formalismo en la administración de la regla de los recursos internos, lo cual puede oscurecer la razón de ser de la Convención, cual es la protección y promoción de los derechos humanos.²³ En esta línea de argumentación, la Corte también ha señalado que los propósitos y objetivos de la Convención en el amparo de los derechos humanos conllevan una entidad valórica superior a un mero intercambio entre Estados.²⁴

III.B. Fondo: Directa Relación entre el Agotamiento de los Recursos Internos y la Violación del Artículos 25, 8, y 1 de la Convención

32. La Convención consagra el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales competentes que la amparen contra sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley, o la Convención. Asimismo, la Corte ha reiterado que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.²⁵ La violación de las obligaciones del Estado en esta materia atraen la responsabilidad internacional del Estado, lo cual es determinado por la Comisión o la Corte conociendo del fondo de una Petición.

33. Las obligaciones internacionales del Estado previstas en los artículos 25, 8, 1 de la Convención tienen una relación directa con la regla del previo agotamiento de los recursos internos. Esto en razón que un peticionario, de acuerdo a la Convención y al derecho internacional general, satisface los requisitos de admisibilidad si los recursos internos en el caso concreto no son adecuados y efectivos. En el caso de especie, como el Estado ha violado su obligación de suministrar recursos

²¹ Corte I.D.H., caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de Julio de 1988, Serie C No. 4, para. 61.

²² *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol II (Part Two), p. 60.

²³ A.A. Cancado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Cambridge University Press), 1983, pg. 57.

²⁴ Ver Cecilia Medina, “La Interpretación de los Tratados de Derechos Humanos”, en *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*, BID 1999, pg. 54.

²⁵ *cf.* *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr.135; *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 31 de enero 2001. Serie C No. 71, párr. 90; y *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191.

adecuados y efectivos, la Convención y el derecho internacional general eximen del previo agotamiento de los recursos como requisito de admisibilidad, y establecen la responsabilidad internacional del Estado por violación de sus obligaciones internacionales. Este doble carácter de la denegación de justicia, primero como norma sustantiva que da origen a la responsabilidad internacional, y segundo como norma de admisibilidad que da lugar a un proceso internacional, se encuentra bien establecido en el derecho internacional general.²⁶

III.C. Responsabilidad: Las Consecuencias de un Hecho Internacionalmente Ilícito no Afectan el Deber del Estado de Cumplir la Obligación Violada

34. Resulta necesario, en este análisis preliminar, incluir algunas precisiones desde el derecho internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado, especialmente para clarificar la improcedencia de una “inadmisibilidad sobreviniente”. En primer término, cabe recordar que la Convención consagra las obligaciones primarias que el Estado debe cumplir para asegurar el respeto y promoción de los derechos humanos, especialmente con respecto a aquellas personas y grupos que requieren protección especial, como son las comunidades indígenas. Si el Estado incumple con estas obligaciones primarias, como en el caso *Ralco*, nace un conjunto de obligaciones secundarias que rigen la responsabilidad del Estado, las cuales incluyen principalmente la obligación de cesar la conducta ilícita y la obligación de reparar las consecuencias del ilícito.²⁷

35. Cabe resaltar que, de acuerdo al derecho internacional general, las obligaciones secundarias que surgen a partir de la conducta ilícita del Estado no afectan el deber del Estado de cumplir con la obligación primaria violada. Este principio ha sido incorporado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas a su *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, cuyo Artículo 29 titulado “Continuidad del deber de cumplir la obligación” dispone,

“Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada”.²⁸

36. De acuerdo al derecho internacional general, el Estado debe cumplir de todas formas y en todo evento con las obligaciones contenidas en la Convención, y en particular con la obligación de proporcionar un recurso sencillo y rápido que ampare los derechos fundamentales reconocidos no sólo en la Convención, sino también en la Constitución y la ley.²⁹ La especial importancia del acceso a un recurso judicial sencillo y rápido para los pueblos indígenas ha sido recalcada por la Comisión en el caso de los *Awas Tingni*, “en atención a las condiciones de vulnerabilidad en que normalmente se encuentran por razones históricas y por sus circunstancias sociales actuales.”³⁰

²⁶ John Dugard, Relator Especial Comisión de Derecho Internacional, *Segundo Informe sobre Protección Diplomática*, 2001, A/CN.4/514, p. 10; John Dugard, *Tercer Informe sobre Protección Diplomática*, 2002, A/CN.4/523, p. 21; F.V. García Amador, Primer Informe, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. II, p. 173, A/CN.4/96, incluyendo referencias al *Tercer Comité de la Conferencia de la Haya de 1930 para la Codificación del Derecho Internacional*, artículo 9.

²⁷ Las obligaciones secundarias de la responsabilidad del Estado de acuerdo al derecho general se encuentran también codificadas en el artículo 63.1 de la Convención.

²⁸ Ver James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text, and Commentaries*, (Cambridge University Press), 2002, pgs. 194-5.

²⁹ *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 31 de enero 2001. Serie C No. 71, párr. 89; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No.9, párr. 23.

³⁰ Corte I.D.H, Caso *Awas Tingni*, para. 104 (n).

IV. Análisis de la Admisibilidad de la Petición

37. Las observaciones siguientes demuestran que la Petición cumple con los requisitos de admisibilidad previstos en la Convención, incluyendo el agotamiento de los recursos internos. Aunque el Estado señala que no se han agotado estos recursos, al existir un proceso de nulidad administrativa pendiente en sede doméstica, la realidad de los hechos demuestra que los daños ya ocasionados a las familias y comunidades indígenas son irreversibles. En efecto, la realidad de los hechos demuestra que las Cortes han declinado amparar los derechos de los peticionarios, colocando al Estado en violación de sus obligaciones internacionales, al retardar injustificadamente la resolución de los recursos y al rechazar recursos sin entrar a conocer su mérito. Por consiguiente, de acuerdo a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, los recursos internos han sido inadecuados e ineficaces para prevenir y remediar la violación de los derechos de las familias indígenas peticionarias.

IV.A. Cumplimiento con los Requisitos de los Artículos 46 y 47.

38. El Estado en su Respuesta solicita que se declare inadmisibile la denuncia³¹ por no existir retardo injustificado en el proceso de nulidad de derecho público³² y por no exponerse hechos que caractericen una violación de derechos.³³ Esta objeción preliminar a la admisibilidad, principalmente fundada en el no agotamiento de los recursos, no tiene sustento en la realidad de los hechos, tal como se demuestra en las secciones siguientes.

39. En efecto, la Petición cumple con los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Convención, tal como se detalla en extenso en la Petición. Para total claridad, los peticionarios se encuentran debidamente identificados, los hechos expuestos claramente constituyen una violación de los derechos, y no existe *litis pendencia* ante otro organismo internacional. La Petición también cumple con los requisitos de los Artículos 46 y 47 relacionados con el agotamiento de los recursos, pues, además de lo ineficaz e inadecuado de los recursos a la luz de los hechos y de los principios de derecho internacional, se configura la excepción prevista en el Artículo 46(2)(c) por el retardo injustificado en la decisión sobre los recursos.

IV.B. Cumplimiento con el Requisito de Haber Agotado los Recursos Internos

40. Las diferentes instancias judiciales a las que se solicitó el amparo de los derechos y la paralización de obras, a sabiendas de los efectos irreversibles que sobre el entorno territorial de las comunidades pehuenche acarrearían las mismas, consintieron en su continuación. De ese modo objetivamente los tribunales permitieron que ENDESA generara una situación de hechos consumados hasta el punto de convertir los recursos judiciales en ilusorios y abstractos. En conclusión, las circunstancias del caso, la destrucción ambiental irreversible de la cuenca del Alto BíoBío, la desintegración de las Comunidades Mapuche-Pehuenche de *Ralco Lepoy* y *Quepuca Ralco*, la afectación ilegítima al derecho de propiedad sobre sus tierras ancestrales, incluyendo sus cementerios y espacios ceremoniales, la perturbación a la espiritualidad y cultura indígenas, la grave amenaza al derecho a la vida, y los daños causados a la salud física y psíquica de las familias peticionarias

³¹ Respuesta Estado, 25 Marzo 2003, pg. 52.

³² *Id.* Pg. 8.

³³ *Id.* Pg. 36.

constituyen el único parámetro serio para demostrar la manifiesta tardanza en la administración de justicia, que en el caso ha redundado en su simple y llana denegación.

i. Los Principios de Derecho Internacional Generalmente Aplicables y la Jurisprudencia en Materia de Derechos Humanos

41. Esta sección presenta observaciones a los requisitos de admisibilidad previstos en la Convención, los cuales han de ser interpretados a la luz de los principios generales de derecho internacional aplicables. Estos principios inicialmente surgen del derecho consuetudinario en el ámbito de la protección diplomática, los cuales han sido extendidos y precisados en la esfera internacional de los derechos humanos. Los principios generales de derecho internacional aplicables al agotamiento de recursos disponen que no es necesario agotar los recursos internos si estos no son efectivos o si su ejercicio sería fútil. O en otra breve formulación, no es necesario agotar justicia donde no hay justicia que agotar.³⁴ Estos principios han sido confirmados por decisiones judiciales, la práctica de los Estados, la doctrina jurídica, y las codificaciones posteriores de la regla.³⁵

42. La jurisprudencia de los órganos supervisores de los regímenes regionales para la protección de derechos humanos ha sido abundante y ha refinado la regla del agotamiento en varios aspectos, incluyendo los límites de su aplicabilidad.³⁶ En este contexto, la doctrina ha notado una influencia más liberal en las limitaciones a la regla del agotamiento en el ámbito de los derechos humanos.³⁷ En este sentido, el Juez Trindade ha señalado que la efectividad de los recursos internos se puede ver comprometida de varias maneras, como por ejemplo cuando los procedimientos son demasiado largos, cuando la protección es insuficiente o inadecuada para remediar la situación, o cuando las cortes domésticas no son independientes del ejecutivo, entre otros.³⁸

43. La jurisprudencia constante de la Corte confirma los criterios esbozados en el derecho internacional general, y los particulariza en la materia de los derechos humanos. Así, la Corte ha afirmado en reiteradas veces que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad.³⁹ La Corte a reafirmado este criterio en varias oportunidades, como se desprende del siguiente pasaje,

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente

³⁴ J.B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations*, vol. 6, p. 677; *Finnish Ships Arbitration* (1934) 3 *U.N.R.I.A.A.*, P. 1479; *Ambatielos claim* (1956), 12 *U.N.R.I.A.A.* p. 83 en 122-3.

³⁵ Ver referencias a todas estas fuentes en John Dugard, *Tercer Informe sobre Protección Diplomática*, 2002, A/CN.4/523, párr. 23 y ss.; y en Juliane Kokott, *Interim Report on The Exhaustion of Local Remedies*, International Law Association (2000).

³⁶ Juliane Kokott, *Interim Report on The Exhaustion of Local Remedies*, International Law Association (2000), pgs. 7 y 18 y ss.

³⁷ C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge: Grotius Publications Limited, 1990), p. 189; Nsongurua Udombana, "So Far so Fair: The Local Remedies Rule in the Jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples' Rights", *American Journal of International Law*, Enero 2003, pgs. 21 y ss.

³⁸ A.A. Cancado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Cambridge University Press), 1983, pg. 97.

³⁹ *cf.* *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, Sentencia de 31 de Agosto de 2001, párr. 114. *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 31 de enero 2001. Serie C No. 71, párr. 90; *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; y *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125.

admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.⁴⁰

44. En los tres *casos relativos a Honduras*, la Corte ha señalado con claridad que los principios del derecho internacional no se refieren sólo a la existencia formal de los recursos, sino también que éstos sean adecuados y efectivos. Que sean adecuados, añade la Corte, significa que la función del recurso sea idónea para proteger la situación jurídica infringida, y que el recurso sea eficaz significa que sea capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. En estos casos, la Corte también señala que,

el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado.

El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás.⁴¹

45. Como se detalla en las secciones siguientes, los peticionarios acudieron oportunamente de protección ante la Corte de Apelaciones para el amparo de sus derechos. Sin embargo, en sucesivas y reiteradas oportunidades, los Tribunales denegaron el amparo a los derechos exigido por la Convención. De hecho, el último de estos recursos fue rechazado sin examinar la validez del mismo, y el primero de éstos rechazado por la fútil razón de existir una demanda de nulidad de derecho público, la cual tiene un objeto completamente diferente. Incluso más, la práctica o política de presión sobre las familias y de hechos consumados aplicada por la Administración y tolerada por los Tribunales (detallada en la sección siguiente), unida a la discriminación que sufren los indígenas ante los Tribunales chilenos,⁴² han vuelto ilusorio los recursos presentados.

46. Ante esta evidencia, la determinación de la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez* y en el caso *Godínez Cruz*, resulta de lugar,

De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa.⁴³

⁴⁰ *cf.* *Caso Ivcher Bronstein*, Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 136; *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 164; y *Caso Durand y Ugarte* Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 102.

⁴¹ *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 67-8; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 70-1 y *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párr. 92-3.

⁴² La discriminación que sufren los indígenas se analiza en detalle en el Anexo II sobre la Política Indígena en Chile. Incluso el *Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* de las Naciones Unidas ha notado la discriminación y el racismo enraizado en en la estructuras del Estado y la sociedad Chilena, y ha exhortado a Chile a pedir disculpas formales, así como a asegurar formas de compensación por el racismo histórico, Fifty-Fifth Session, Comunicado de Prensa 27 August 1999.

⁴³ Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 3, párr. 95; Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 93. La Comisión ha seguido este principio en numerosos casos, e.g. Resolution No. 16/84, Case No. 7951, *Ann. Rep. IACom. HR 1984-5* at p. 103; Resolution No. 15/87, Case 9635, *Ann. Rep. IACom. HR 1986-7* at p. 62; Resolution No 17/87, Case 9425, *Ann. Rep. IACom. HR 1986-7* at p. 118; Resolution No. 20/87, Case 9449, *Ann. Rep. IACom. HR 1986-7* at p. 130.

a) Los Recursos Previstos por el Estado Fueron Ineficaces e Inadecuados para Prevenir y Remediar la Violación de los Derechos de los Peticionarios

47. Las familias indígenas peticionarias acudieron ante los Tribunales de Justicia para obtener amparo a sus derechos fundamentales consagrados en la Convención, la ley, y la Constitución, como son el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, la libertad de culto, el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado, la no discriminación en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica, y el derecho de propiedad. Sin embargo, las más altas Cortes del país, incluyendo la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, permitieron que continuaran las obras de la Central Ralco, con pleno conocimiento que estas obras necesariamente habrían de afectar los derechos de las familias y habrían de destruir las tierras ancestrales indígenas, los cementerios, y los espacios ceremoniales.

48. La realidad de los hechos demuestra la aplicación de una política de presión para la realización de un proyecto ilegal. En efecto, el Estado, en vez de proporcionar especial protección a las familias indígenas que exige el derecho internacional de los derechos humanos, le ha facilitado los medios a la empresa Endesa para presionar a las familias para que abandonen sus tierras. Esta presión se ha expresado, por ejemplo, en amenazas verbales de inundación, en el movimiento incesante de maquinaria pesada y sus impactos de ruido, material estéril, y contaminación, en la tala de bosques, la desviación del camino público, y el uso de dinamita en la destrucción del ambiente.

49. La realidad de los hechos también demuestra la consecución de una política de hechos consumados. En efecto, la Administración del Estado, en vez de proteger las tierras indígenas como lo establece la *Ley Indígena*, le ha otorgado a la empresa las autorizaciones y otras facilidades materiales para seguir adelante las obras. La política de los hechos consumados aplicada por la Administración y tolerada por los Tribunales pretende ahora justificar la Central Ralco como un proyecto de interés público o de bien común, que justificaría limitaciones al derecho a la propiedad indígena.⁴⁴ Sin embargo, desde su inicio la propia *Comisión Nacional de Energía* chilena señalaba que Ralco no era una alternativa energética eficiente para Chile.⁴⁵ Además, la *Ley Indígena* es meridianamente clara al señalar que, “por exigirlo el interés nacional”, las tierras indígenas gozan de protección especial y no podrán ser enajenadas, embargadas, ni gravadas.⁴⁶

50. Como se encuentra establecido en el derecho internacional general y en la jurisdicción de los derechos humanos en particular, la aplicación de una política que hace ilusorios los recursos exime del agotamiento de los recursos internos. Así por ejemplo la *Corte Europea de Derechos Humanos* ha señalado que la regla del agotamiento es inaplicable donde la práctica de la administración a través de actos reiterados es de tal naturaleza que convierte en fútiles los procedimientos.⁴⁷ En el caso Ralco, la política de presión y de hechos consumados aplicada por la Administración y tolerada por los Tribunales, ha convertido a los recursos en una mera entelequia formal.

51. Además, como se detalla en los párrafos siguientes, los peticionarios han agotado los recursos ordinarios (recursos de protección) e incluso los extraordinarios (recursos de queja y

⁴⁴ Respuesta Estado, 25 Marzo 2003, pgs. 33 y ss.

⁴⁵ Estas consideraciones se presentan en detalle en el Anexo I sobre la Política Eléctrica.

⁴⁶ El artículo 13 de la *Ley indígena* que regula esta materia prescribe: “Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia.”

⁴⁷ *Aksoy v. Turkey*, 26 Eur. Ct. H.R., Rep. Judg. Dec. 2260, 2276 para. 52 (1996-VI).

reposición). En este sentido, la *Corte Permanente Internacional de Justicia* ha señalado que no es necesario acudir a los Tribunales si el resultado ha de ser la repetición de una decisión anterior.⁴⁸ Incluso más, la jurisprudencia de los derechos humanos ha expandido esta excepción a la regla del agotamiento, en el sentido de dejar de lado el requisito de una jurisprudencia constante, requiriendo sólo la ausencia de una expectativa razonable de éxito.⁴⁹ Por consiguiente, las reiteradas decisiones sobre los recursos de protección de las altas Cortes del país, las que han repetidamente negado amparo a los derechos de los peticionarios, establecen de acuerdo al derecho internacional general y la jurisdicción de los derechos humanos en particular, que los recursos internos han sido agotados.

1. Medidas Conservadoras

52. En el marco del Juicio de Nulidad de Derecho Público seguido ante el Sexto Juzgado Civil de Santiago, el día 8 de septiembre de 1999 el Juez de la causa, tras visita en terreno en el Alto BíoBío, decretó una medida cautelar que ordenaba paralizar las obras mayores de la Central Hidroeléctrica. Sin embargo, dicha resolución no tuvo efectos prácticos, pues elevada en apelación, la Corte de Apelaciones de Santiago la revocó.

53. Es más, mucho antes de la vista de la apelación de la medida precautoria, la misma Corte, a petición de la empresa, ya había suspendido los efectos de la medida cautelar dictando una orden de no innovar, resolución judicial que de acuerdo al ordenamiento procesal chileno suspende los efectos de la medida precautoria decretada. Debe destacarse que en la oportunidad la Corte de Apelaciones no expresó fundamento alguno para suspender los efectos de la sentencia interlocutoria que ordenó paralizar las obras, contraviniendo con ello el Artículo 192 del Código de Procedimiento Civil chileno que dispone que la resolución que acoge una orden de no innovar debe ser fundada. En otras palabras, la Corte de Apelaciones de Santiago denegó el amparo judicial a los derechos de los peticionarios, sin siquiera entregar razones.

54. En todo caso, el fundamento de la medida cautelar decretada por el Juez de primera instancia confirma la importancia de las medidas cautelares para el amparo de los derechos de los peticionarios. La resolución en cuestión expresaba textualmente que,

“... de aceptarse la continuación de las obras, atendida su magnitud, ello haría ilusorio el derecho pretendido por las demandantes, de ser nula la Resolución N° 010/97 que aprobó el estudio de Impacto Ambiental”.⁵⁰

55. Dicha resolución recogía plenamente el espíritu de la institución de las medidas cautelares, pues el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil chileno, establece que dichas medidas tienen por objeto “asegurar el resultado de la acción”. En consecuencia, la revocación de la medida precautoria que ordenaba la paralización inmediata de las obras de la Central Hidroeléctrica y de la relocalización de los Mapuche Pehuenche, en los hechos convirtió a la acción de nulidad de derecho público en una entelequia formal pues no sólo *no* se aseguró su resultado, sino que, inversamente, aseguró que el acogimiento de la demanda no tuviera resultados.

⁴⁸ *Estonia v. Lithuania, Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, P.C.I.J., ser. A/B, No. 76, p. 18 (1939); ver también *Finnish Ships Arbitration, (1934) 3 U.N.R.I.A.A. p. 1479*.

⁴⁹ *Dalia v. France*, Eur. Ct. H.R. (154/1996/773/974), Judgment of 19 February 1998, at 10 para. 36; *Erdogan and Others v. Turkey*, Appl. No. 19807/92, 84-A Eur. Comm'n H.R. 5, 15 (1996); *Neumeister v. Austria*, Application No. 1936/63, 14 *Collection* at p. 48.

⁵⁰ Causa rol N°1854-1997, caratulada “Quintremán Calpán y otras con CONAMA y ENDESA”, fojas 521.

56. En tales circunstancias, atendida la realidad de los hechos y la ineficacia del recurso, la existencia formal del proceso de nulidad no es capaz de sostener la objeción del Estado a la admisibilidad de la Petición fundada en el no agotamiento de los recursos internos.⁵¹

2. Recursos de Protección

57. Cómo se detalla en la Petición, las familias peticionarias han recurrido de protección ante los Tribunales de Justicia pidiendo el amparo de sus derechos. Sin embargo, en cada una de estas presentaciones, los Tribunales han dado respuestas dilatorias o evasivas, o han declinado entrar a conocer el mérito del recurso, lo que ha permitido en los hechos que la empresa Endesa continúe las obras de la Central Ralco, afectando los derechos fundamentales de las familias indígenas peticionarias. Esta sección resume el análisis de la Petición en torno a los recursos de protección presentados.

A) Recursos De Protección Interpuesto En Contra De La Resolución De La Comisión Nacional De Medio Ambiente Que Aprobó Ambientalmente El Proyecto.

58. Los denunciantes y otras personas presentaron acciones constitucionales de protección con fechas 19 y 24 de junio de 1997, para que se declarase la ilegalidad y arbitrariedad de la resolución que aprobó ambientalmente el proyecto, y para que se la dejara sin efecto, por vulnerar la igualdad ante la ley, libertad de culto, derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado, no discriminación en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica, y de propiedad, todos garantizados en la Constitución. Estos recursos fueron rechazados por la Corte de Apelaciones de Santiago el 3 de Diciembre por existir un proceso pendiente, la demanda de nulidad de derecho publico. En definitiva, el Tribunal deniega justicia so pretexto de existir un proceso pendiente, a pesar de que el objeto de ambos recursos es claramente diferente.

b) Recurso de Protección contra el Decreto No. 31 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción que otorgó la Concesión Eléctrica Definitiva a Endesa para su Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco.

59. El Recurso, interpuesto el 31 de marzo de 2000, es rechazado casi 18 meses más tarde, porque de acuerdo a la Corte de Apelaciones de Santiago, el Decreto no podía calificarse de ilegal ni arbitrario, ya que (todavía) no se había pasado a llevar tierra indígena ni se había vulnerado el plan de relocalización (que exigía la permuta voluntaria de las familias indígenas). Además la Corte resolvió que, en todo caso, el Decreto no puede sobreponerse a la *Ley Indígena* ni lo resuelto por CONAMA, en el entendido que es legislación obligatoria para todos los agentes de la administración y para los particulares concesionarios; “de manera tal, que el no cumplimiento de cualquiera de los aspectos referidos, deja abiertos los recursos administrativos y judiciales pertinentes”.

60. Tras dictado este fallo, el Ministro de Economía, a petición de Endesa, designa una comisión para evaluar las tierras indígenas no permutadas donde se impondrían, por la fuerza pública si fuese necesario, las servidumbres eléctricas. Con esto, la Administración del Estado da inicio al procedimiento previsto en el *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos* para que Endesa tome posesión material de las tierras indígenas no permutadas, en flagrante violación a los derechos fundamentales consagrados en la *Ley Indígena*, derechos que se encuentran protegidos por la Convención. Cómo se discute a continuación y se detalla en la Petición, cuando los peticionarios recurrieron de protección

⁵¹ Estimamos de la mayor conveniencia que la Comisión tenga la oportunidad de ilustrarse *in situ* sobre el grado de destrucción que ya han provocado las obras de la Central.

por no haberse cumplido los aspectos referidos en el fallo citado, la Corte declaró el recurso inadmisibles por extemporáneo, sin entrar a conocer su mérito.

C) Recurso De Protección Contra El Decreto Del Ministerio De Economía, Fomento Y Reconstrucción Que Designó Una Comisión Para Evaluar Las Indemnizaciones Que Deben Pagarse A Los Propietarios Afectados Por Las Servidumbres Eléctricas.

61. El 20 de abril del año 2002 se presentó un nuevo recurso de protección en contra de esta designación, ya que esta actuación vulneraba la legislación aludida por la Corte de Apelaciones en su fallo sobre el Recurso de Protección presentado en contra del *Decreto N° 31* del año 2000 que otorgaba la concesión eléctrica definitiva. No obstante, la Corte declara inadmisibles el recurso, sin entrar a conocer su fondo, ya que a su juicio, el antecedente directo de la actuación impugnada era el mismo *Decreto N° 31* del año 2000, del mismo Ministerio de Economía. Y señala la Corte que de este *Decreto N° 31* se tomó conocimiento “con mucha antelación a la interposición del mismo, razón por la cual este recurso no puede ser acogido a tramitación por extemporáneo”. Como se detalla en el acápite anterior, el *Decreto N° 31* que otorgaba a ENDESA la concesión eléctrica definitiva ya había sido recurrido de protección sobre la base que vulneraba la *Ley Indígena*.

62. En síntesis, aunque el recurso o acción constitucional de protección se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico interno para otorgar una defensa judicial rápida y efectiva a los derechos fundamentales, en este caso los recursos de protección han resultado totalmente inefectivos para proteger los derechos de los peticionarios. En los hechos, los Tribunales que conocieron los recursos de protección le denegaron amparo a los peticionarios en sus derechos afectados, ni les proveyeron una reparación adecuada, en violación de las obligaciones contenidas en la Convención.

ii. Las Excepciones del Artículo 46(a)

63. El artículo 46 codifica ciertas excepciones a la regla del agotamiento previstas en el derecho internacional general. Así por ejemplo, la denegación o el retardo excesivo de justicia ya se reconocía como excepción a la regla del agotamiento en la *Séptima Conferencia de Estados Americanos* realizada en Montevideo en 1933.⁵² Con el advenimiento del régimen internacional de los derechos humanos, los estándares mínimos de administración de justicia como obligaciones sustantivas del Estado han tenido un impacto decisivo en la interpretación y aplicación del retardo como excepción a la regla del agotamiento. En efecto, el retardo como excepción a la regla del agotamiento en el régimen de protección diplomática ha sido ampliada por el régimen de los derechos humanos, el cual reconoce la necesidad de contar con mecanismos sencillos y rápidos para prevenir y remediar las violaciones a los derechos.

64. Esta sección elabora sobre la excepción a la regla del agotamiento contenida en el Artículo 46(a) de la Convención. Primero presenta la jurisprudencia de los organismos de derechos humanos que han debido determinar lo que constituye un retardo injustificado, y luego presenta las consideraciones particulares del caso que demuestran como el retardo ha agravado la violación a los derechos de las familias indígenas peticionarias.

a) Retardo Injustificado en la Decisión sobre los Recursos

⁵² John Dugard, *Tercer Informe sobre Protección Diplomática*, 2002, A/CN.4/523, párr. 27; ver también *El Oro Mining and Railway Co.*, [1931] *British-Mexican Claims Commission*, 5 *U.N.R.I.A.A.* p. 191, y *Administration of the Prince of Pless (1933)*, *P.C.I.J. Series A/B*, No. 52, p. 16.

65. La Corte ha conocido varios casos donde se ha discutido el plazo del retardo injustificado. En el Caso *Awas Tingni* por ejemplo, transcurrieron 11 meses y siete días desde la interposición de un recurso de amparo hasta que fuera resuelto, retardo que la Corte consideró excedía criterios razonables.⁵³ En el Caso *Ralco*, el recurso de protección (equivalente al amparo) en contra de la concesión eléctrica que hace aplicables los procedimientos de evicción forzosa previstos en el *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos*, fue fallado tras 18 meses.

66. Otros casos conocidos por la Corte donde el plazo del retardo ha sido cuestión controvertida incluyen el caso *Genie Lacayo*, en la cual expresamente se señala ... “han transcurrido mas de 5 años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la racionalidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención”.⁵⁴ Así también en el caso de *Suárez Rosero*, la Corte estimó que “...al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de 50 meses. En opinión de la Corte, este período excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana.”⁵⁵

67. El Estado pretende distinguir estos casos del actual en atención a los bienes jurídicos involucrados,⁵⁶ advirtiendo una supuesta relación entre la duración del proceso y el derecho fundamental atendido.⁵⁷ En este sentido, el Estado pretende mayor flexibilidad por considerar que el caso *Ralco* dice relación con derechos de contenido netamente patrimonial o social. Al respecto, cabe señalar que los derechos violentados en el caso *Ralco* no se refieren sólo a derechos patrimoniales, sino que primordialmente al derecho a la vida, la salud, la cultura, y las creencias indígenas, derechos de entidad superior en el sistema interamericano de derechos humanos, incluso siendo inderogables en situaciones de emergencia. Más aún, la flexibilidad pretendida en caso alguno puede justificar la continua violación de los derechos verificada durante el retardo injustificable.

68. En este contexto, cabe recordar que el proceso de nulidad de derecho público no ha concluido, que el fallo de primera instancia demoró casi seis años, que el fallo no se puede cumplir mientras no se encuentre ejecutoriado, esto es, mientras no se resuelvan los recursos ordinarios y extraordinarios pertinentes, lo cual implica un retardo injustificable de varios años más. Y sobre todo, en el intertanto las obras continúan día y noche, afectando los derechos de las familias peticionarias.

69. La práctica de otros órganos también es relevante para ilustrar el término del retardo injustificado. Así por ejemplo, el *Comité de Derechos Humanos* de las Naciones Unidas en la comunicación No. 28/1978 ha concluido que 4 años y medio es un retardo injustificado.⁵⁸ Otros casos involucran retardos aún más prolongados.⁵⁹ Por su parte, el *Comité Contra la Tortura* ha señalado que 15 meses de retardo es injustificable.⁶⁰

⁵³ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, Sentencia de 31 de Agosto de 2001, párr. 133-4, y citas a *Caso del Tribunal Constitucional*, Sentencia de 31 de enero 2001. Serie C No. 71, párr. 93; *Caso Paniagua Morales y otros*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 152; y *Caso Genie Lacayo*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77.

⁵⁴ Corte I.D.H, caso *Genie Lacayo*, Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 81.

⁵⁵ Corte I.D.H, caso de *Suárez Rosero*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, No. 35, párr. 73.

⁵⁶ Respuesta Estado, 25 Marzo 2003, pg. 45.

⁵⁷ Respuesta Estado, 25 Marzo 2003, pg. 11.

⁵⁸ HRC *Selected Decisions*, p. 59, Ver también, *Solórzano v. Venezuela*, Communication No. 156/1983, 94 I.L.R. 400, 407 para. 5.6 (1994).

⁵⁹ *Josef Frank Adam v. The Czech Republic*, Comm. No. 586/1994, U.N. Doc. CCPR/C/586/1994 (1996), *Bautista de Arellana v. Colombia*, HRC, Comm. No. 563/1993, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995).

⁶⁰ *Halimi-Nedzibi v. Austria*, CAT, Comm. N. 8/1991, UN. Doc. A/49744 at 40 (1994).

70. En los casos *Genie Lacayo y Suárez Rosero* referidos arriba, la Corte, en el contexto del artículo 8.1, adopta un “análisis global del procedimiento” para determinar la razonabilidad del plazo.⁶¹ Entre los criterios relevantes que señala la Corte para este análisis se encuentran la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, y la conducta de las autoridades judiciales. El examen de cada una de estos criterios reafirma lo injustificable del retardo.

71. En relación a la complejidad del asunto, cabe señalar que el caso en cuestión dice relación con la construcción de una central hidro-eléctrica cuyo embalse ha de inundar y destruir tierras ancestrales indígenas, cementerios, y sitios ceremoniales, afectando el derecho a la vida, salud, cultura, religión, y propiedad de las familias peticionarias. De acuerdo al texto expreso de la *Ley Indígena*, por exigirle el interés nacional, el Estado tiene el deber de proteger las tierras indígenas. Además, de acuerdo al derecho internacional, el Estado tiene deberes especiales de protección para con las comunidades indígenas.⁶² Así expuesto, queda claro que la complejidad del asunto no puede excusar el retardo de varios años en un fallo de primera instancia, en un proceso aún no concluido, y ante la realidad de la destrucción ambiental, la afectación de los derechos fundamentales, y la presión social en terreno.

72. En relación con la actividad procesal del interesado, el Estado señala que la conducta de los demandantes ha contribuido a la dilación indebida del proceso.⁶³ La realidad de los hechos, sin embargo, demuestra que esta Parte ha sido diligente en utilizar todos los recursos que la legislación interna teóricamente dispone para obtener el amparo a los derechos de las familias peticionarias. En efecto, en el contexto del proceso sobre nulidad de derecho público, el Estado le pidió al Tribunal decretara el abandono del procedimiento, medida que fue rechazada por el Tribunal y la Corte de Apelaciones de Santiago por estimar que no se configuraba el abandono. Por otra parte, el Estado señala que los demandantes no han realizado gestión útil desde el 10 de Mayo de 2001.⁶⁴ Sin embargo, desde esa fecha el procedimiento se encuentra en estado de sentencia, por lo que no le caben al demandante recursos ordinarios, sino que esperar la sentencia.

73. En relación con la conducta de las autoridades judiciales, han transcurrido más de dos años entre el 10 de mayo del 2001 (fecha en que la causa queda para dictar sentencia) y el 15 de mayo del 2003 (fecha en que finalmente se dicta sentencia). Como se ha señalado, durante este plazo a las Partes del juicio sólo les queda esperar que el Juez dicte sentencia. Este plazo de más de dos años por sí sólo demuestra la tolerancia de las autoridades judiciales a la política de presión y de hechos consumados aplicada por la administración.

74. En el contexto del análisis global del proceso como criterio de evaluación de la razonabilidad del plazo en el contexto del artículo 8.1, las consideraciones detalladas arriba demuestran que el retardo de casi seis años en un fallo de primera instancia es imposible de justificar. Con todo, en la evaluación de lo injustificable del retardo, las circunstancias del caso recalcan la gravedad de las violaciones a los derechos garantizados por la Convención.

b) Lo Injustificable del Retardo debe ser Evaluado a la Luz de las Circunstancias del Caso

⁶¹ Ver también jurisprudencia de la Corte Europea.; Eur. Court H.R., *Vernillo* judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., *Unión Alimentaria Sanders S.A.* judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157.

⁶² Ver por todos, Comisión Informe 75/02, caso 11.140 de *Marie and Carrie Dann* contra los Estados Unidos, 27 diciembre 2002, párr. 126 y ss.

⁶³ Respuesta Estado, 25 Marzo 2003, pg. 20.

⁶⁴ *Id.* Pg. 15

75. Las circunstancias y los hechos del caso demuestran que el retardo en el proceso de nulidad escapa los límites de razonabilidad previstos en la Convención. En efecto, sólo el fallo de primera instancia en este proceso tardó casi seis años, por lo que ahora restan varios años más en recursos ordinarios y extraordinarios, como apelación, casación, etc. Más aun, durante todos estos años de tramitación procesal, el Estado en vez de amparar los derechos de las familias peticionarias de acuerdo a la *Ley Indígena* y al derecho internacional, ha permitido que la empresa continúe la destrucción del entorno territorial ancestral Mapuche Pehuenche.

76. Por su parte, los recursos de protección presentados por las familias peticionarias también superan con creces los límites de lo requerido en un recurso “rápido y sencillo”. En efecto, la tramitación de los recursos demoró más de un año en obtener un fallo. Y luego, las Cortes rechazaron uno de los recursos sin siquiera entrar a conocer su mérito y los otros con respuestas evasivas. La conducta de las autoridades judiciales sólo acentúa la denegación de justicia y el desamparo de los derechos.

77. Por último, es de lugar recalcar que lo injustificable del retardo queda de manifiesto en consideración al hecho que durante todos estos años, la empresa Endesa, con la autorización del Estado, ha llevado adelante las obras de la central Ralco en tierras de las Comunidades Mapuche Pehuenche. La construcción del muro de concreto de la Central Ralco necesariamente ha de ocasionar la inundación y destrucción de las tierras ancestrales de las familias peticionarias indígenas. Las autoridades administrativas y judiciales del Estado, con pleno conocimiento de las consecuencias de las obras, han permitido que la empresa continúe día y noche con la destrucción del entorno.

78. La destrucción ambiental se expresa en material estéril botado alrededor de la propiedad de los peticionarios, en la tala de bosques, en el uso de dinamita para abrir túneles, en la operación de maquinaria pesada en el camino público, con la consecuente contaminación acústica y atmosférica, etc. La destrucción ambiental también ha sido una herramienta importante para dividir a las comunidades, las que desde un inicio manifestaron su oposición a la construcción de centrales hidroeléctricas en sus tierras. En efecto, estas actuaciones reflejan la política de los hechos consumados y configuran un cuadro de presión indebida sobre la voluntad de las familias indígenas peticionarias, que ha afectado sus derechos, en particular su integridad física y psíquica. Como han señalado las familias reiteradamente, ellas han decidido permanecer en sus tierras ancestrales, por considerarlas fundamento de su espiritualidad y cultura indígena.

79. En definitiva, las actuaciones de la empresa Endesa en tierras indígenas, con la autorización del Estado, ha violado el deber de protección especial del Estado hacia las comunidades indígenas, tanto como los derechos consagrados en la Convención, la ley, y la Constitución. El retardo de años en la tramitación de las instancias judiciales donde han acudido las familias solicitando amparo, sin obtenerlo, agrava la responsabilidad del Estado por la violación a los derechos.

V. Análisis de la Obligación Secundaria de la Cesación del Comportamiento Ilícito

80. Aunque estas Observaciones se enfocan en la admisibilidad de la Petición, resulta necesario apuntar ciertas principios del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, a fin de clarificar la relación entre las obligaciones primarias y secundarias, y especialmente a fin de clarificar la improcedencia de una “inadmisibilidad sobreviniente”. Para el efecto, es importante distinguir la obligación primaria consistente en asegurar el amparo a los derechos mediante recursos judiciales, frente a las obligaciones secundarias de cesar el hecho internacionalmente ilícito. También es importante clarificar que en caso alguno pueden confundirse los requisitos de admisibilidad con las obligaciones secundarias consistentes en la cesación del comportamiento ilícito.

A. Las Consecuencias de un Hecho Internacionalmente Ilícito no Afectan el Deber del Estado de Cumplir la Obligación Violada

81. Los principios de derecho internacional que regulan esta materia establecen que la exigibilidad de las obligaciones primarias no depende de, ni se ve afectada por, el conjunto de consecuencias secundarias derivadas de la responsabilidad internacional.⁶⁵ En otras palabras, la obligación primaria consistente en el deber de proporcionar protección judicial a los derechos, a pesar de haber sido violada en este caso, se encuentra vigente. Por consiguiente, el Estado debe cumplir con las disposiciones de la Convención, y en particular con su artículo 25, el cual dispone que el Estado debe proporcionar un recurso sencillo y rápido que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención.

82. La Convención codifica los principios generales del derecho internacional sobre la relación entre las normas primarias y secundarias en su artículo 63.1, el cual dispone,

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce su derecho o libertad conculcados.

B. Obligación Secundaria de Cesar el Comportamiento Ilícito.

83. La violación de la obligación primaria contenida en el artículo 25 de la Convención, en relación con los artículos 8 y 1.1, genera la responsabilidad internacional del Estado, dando lugar a un conjunto de obligaciones secundarias. La primera consecuencia de la responsabilidad que surge a partir de la denegación de justicia es la obligación de cesar el comportamiento ilícito,⁶⁶ lo que en el contexto del caso *Ralco* se traduce en la obligación de proporcionar protección judicial a los peticionarios.

84. Como se puede apreciar, en el caso en cuestión, el contenido de la regla primaria que exige otorgar protección judicial a través de recursos efectivos que amparen los derechos, y el contenido de la regla secundaria que exige cesar la denegación de justicia, producen los mismos efectos. Con todo, es importante distinguir entre las diversas fuentes de las obligaciones, ya que una se encuentra en la Convención, y la otra se encuentra en los principios de derecho internacional que rigen las consecuencias de la responsabilidad internacional del Estado.

85. En relación a la cesación de la conducta ilícita como primera consecuencia de la responsabilidad, cabe recalcar también que, atendidas las circunstancias del caso, el Estado debe dar seguridad y garantías de no repetición. En este sentido, el Estado debe asegurar y garantizar el derecho de cada propietario indígena a permanecer en sus tierras, además de los derechos a la vida y a la integridad física, espiritual, y cultural, afectados de forma grave y directa por los permisos concedidos a la empresa Endesa. Para el efecto, el Estado debe tomar medidas preventivas eficaces que aseguren el respeto a los derechos, y eviten la continuación o repetición de las violaciones.

C. La Cesación del Comportamiento Ilícito no Afecta la Admisibilidad de la Petición

⁶⁵ Ver sección III.C. *supra*; ver también James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text, and Commentaries*, (Cambridge University Press), 2002, pgs. 194-5.

⁶⁶ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, Artículo 30.

86. Cabe enfatizar que no se pueden confundir las consecuencias de la violación de la obligación primaria, como tampoco el contenido de la obligación secundaria, con los requisitos de admisibilidad de la petición. Una vez atraída la responsabilidad internacional por incumplimiento de la obligación primaria, el cumplimiento de la misma obligación primaria por parte del Estado no afecta ni puede afectar la admisibilidad de la petición. En este sentido es improcedente la figura de una “inadmisibilidad sobreviniente”, ya que por una parte se confundirían las diversas fuentes de las obligaciones internacionales (primarias y secundarias), y por la otra se confundiría la admisibilidad con el contenido de las obligaciones.

87. En el caso en cuestión, la obligación primaria de proporcionar recurso judicial para el amparo de los derechos ha sido vulnerada por el Estado a través de la actuación de sus Tribunales de Justicia, los que han permitido que la empresa Endesa continúe la construcción de la Central Ralco, con pleno conocimiento que el muro de concreto necesariamente ha de inundar y destruir las tierras indígenas de los peticionarios en épocas de altas lluvias. Por consiguiente, como en los hechos del caso se ha constatado la violación del artículo 25 de la Convención, si los Tribunales ahora dieran cumplimiento a la obligación primaria, esto no podría afectar la admisibilidad de la petición.

88. Más bien, el eventual cumplimiento tardío por parte del Estado de otorgar amparo judicial a los derechos, como es su obligación, sólo tendría relevancia en torno a las consecuencias jurídicas que surgen a partir de la responsabilidad internacional del Estado. En este ámbito de análisis, dos puntos tienen particular relevancia: primero, el amparo tardío vendría a dar cumplimiento a la obligación secundaria de cesar la conducta ilícita, y segundo, el cumplimiento tardío de la obligación primaria podría ser relevante en la reparación de las consecuencias del ilícito, particularmente la restauración de las condiciones que existirían si se hubiesen respetado los derechos garantizados por la Convención, la Constitución, y la ley.

VI. El Estado en su Respuesta Pretende Desviar la Atención de la Comisión de la Gravedad de la Violación de los Derechos de los Peticionarios

89. Abundan en la presentación del Estado disquisiciones que no hacen sino distraer de lo principal. Así, el Estado informante conduce la controversia hacia situaciones secundarias, como unas supuestas expresiones injuriosas que habrían sido vertidas por la parte peticionaria, dedicando a ese tópico no menos de 7 páginas de su extenso escrito. Cabría indagar la intención del Estado en imputar a los peticionarios un ánimo de injuriar que no existe, como también la intención del Estado en imputar a los peticionarios la intención (inexistente) de confundir a la Comisión. La respuesta pareciera ser la intención de desviar la atención de la Comisión lejos de la extrema gravedad de los hechos denunciados.

A. El Estado en su Respuesta le Imputa a los Peticionarios Intenciones Injuriosas por el Hecho de Denunciar la Denegación de Justicia.

90. Sin ánimo de entrar en la lógica del Estado informante, creemos de rigor hacernos cargo de su denuncia sobre las presuntas expresiones agraviantes para la dignidad y honor del Estado de Chile y de sus autoridades y funcionarios, violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta parte ha sido cautelosa en el empleo de un lenguaje apropiado, guiada por el profundo respeto hacia la Comisión que conoce de ésta denuncia. Del mismo modo hemos actuado en cada una de las instancias jurisdiccionales y administrativas internas, a pesar del abuso y discriminación con que han actuado los órganos del Estado hacia nuestras representadas. Y como

prueba de este aserto, jamás un tribunal de justicia ha reprimido a las peticionarias en alguna de las formas previstas en la legislación, como parece sugerir el Estado informante.

91. En lo que respecta al escrito de denuncia y específicamente en las citas textuales que efectúa el Estado, no divisamos haber proferido adjetivo o epíteto alguno capaz de dañar la honra de las personas que se sienten aludidas. El relato de los hechos que dieron origen a la denuncia podrá resultar vergonzante para esas autoridades, pero no se hizo con dolo o intención de menoscabar o denigrar a ciertas autoridades del Estado (*animus injuriandi*).

B. El Estado en su Respuesta le Imputa a los Peticionarios la Intención de Confundir a la Comisión⁶⁷

92. Cada una de las afirmaciones contenidas en la Petición y en estas Observaciones se encuentra sustentada en los hechos. O en otras palabras, tampoco hemos realizado afirmaciones que no estemos en condiciones de acreditar. En síntesis, la imputación carece de todo sustento, pues la presentación efectuada ante la Comisión tiene por objeto precisamente denunciar las acciones y omisiones que causaron o permitieron las violaciones a los derechos humanos de las personas afectadas y ello naturalmente expone públicamente actitudes indecorosas al escrutinio de la comunidad internacional.

93. Si existe confusión, es en la *Respuesta del Estado*. Por una parte señala que la constitución de las servidumbres eléctricas sólo puede ser llevadas a cabo previo cumplimiento de las condiciones impuestas por la CONAMA, es decir la constitución de permutas autorizadas por la CONADI.⁶⁸ En esta línea señala que la eventualidad de un procedimiento coercitivo de expropiación no puede ser llevado a cabo sin cumplimiento de otras exigencias que impone la *Ley Indígena*.⁶⁹ Sin embargo, a renglón seguido señala que la legislación eléctrica puede justificar la imposición de servidumbres obligatorias sobre las tierras indígenas no permutadas.⁷⁰

94. En este sentido, cabría reiterar que el Estado no puede pretender justificar la violación de sus obligaciones internacionales por su derecho interno, como es aplicación del *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos*. Los derechos fundamentales reconocidos por el Artículo 5 de la Constitución y por la *Ley Indígena* se encuentran protegidos por la Convención, la que ciertamente tiene primacía sobre el orden jurídico interno. A mayor abundamiento, el “interés público” se encuentra definido en el artículo 1 de la *Ley Indígena*, ley posterior al DFL dictado por la junta militar, mientras que el *DFL 1 sobre Servicios Eléctricos* no contiene a este respecto mención alguna.⁷¹

VII. Peticiones

95. En atención a la extrema gravedad de la situación en terreno, esta Parte respetuosamente reitera sus peticiones sobre el fondo de la controversia contenidas en la Petición, y además solicita:

⁶⁷ Respuesta Estado, 25 Marzo 2003, pg. 4.

⁶⁸ *Id.* Pg. 35.

⁶⁹ *Id.* Pg. 24.

⁷⁰ *Id.* Pg. 35.

⁷¹ El Apéndice I incluido en esta presentación contiene un análisis detallado sobre la política energética y las consideraciones de utilidad social. Esta Parte también queda a disposición de la Comisión para aportar mayores antecedentes sobre este punto.

A. Que la CIDH Solicite al Estado Adopte las Medidas Necesarias para Evitar la Inundación de las Tierras Indígenas y la Relocalización de las Familias Peticionarias

96. De acuerdo con el Artículo 25(1) del Reglamento, y en atención a la gravedad y urgencia de evitar daños irreparables a las personas ocasionados por la inminente inundación y destrucción de las tierras indígenas y la relocalización forzada de las víctimas, junto con la necesidad de asegurar el pleno respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención, la ley, y la Constitución,

Se solicita a la Comisión solicite al Estado de Chile,

- 1.- la inmediata e indefinida paralización por parte de los órganos del Estado de Chile de toda actuación que conlleve o permita la relocalización forzada de las familias indígenas denunciadas,
- 2.- la adopción de todas las medidas necesarias para que se impida a la empresa Endesa inundar tierras indígenas no permutadas.

B. Que la CIDH Solicite al Estado Informe sobre el Cumplimiento de la Mantención del Status Quo

97. El 12 de Diciembre del 2002, la Comisión le solicitó al Gobierno de Chile se abstenga de realizar cualquier acción que modifique el *statu quo* del asunto, hasta tanto los órganos del sistema interamericano de derechos humanos hayan adoptado una decisión definitiva. El 23 de Diciembre del 2002, la Comisión le aclara al Gobierno de Chile que el objeto de tal solicitud es evitar que las decisiones de los órganos del sistema interamericano carezcan de sentido y eficacia en su labor de protección de la persona humana. En este sentido, la Comisión le solicita al Estado abstenerse de cualquier acción que pueda ampliar o agravar la controversia y tener un efecto perjudicial en la eficacia de cualquier decisión que eventualmente adopte la Comisión.

98. En atención a la realidad de los hechos del caso, particularmente a que la construcción del muro de concreto ha seguido en construcción, y que las tierras de las familias peticionarias han comenzado a inundarse, esta Parte le solicita a la Comisión le solicite al Estado informe acerca del cumplimiento de las medidas previamente solicitadas para preservar los derechos de los peticionarios.

C. Que De Constatarse El No Cumplimiento De Las Medidas Solicitadas Por La Comisión, Que La Comisión Solicite A La Corte Ordene Medidas Provisionales.

99. Si la realidad en terreno demuestra que las medidas solicitadas por la Comisión al Estado identificadas en las secciones anteriores están siendo incumplidas por el Estado de Chile, esta Parte solicita a la Comisión le solicite a la Corte ordene las medidas provisionales que considere pertinentes para evitar daños irreparables a la persona de los peticionarios, atendida la extrema gravedad y urgencia de la situación.

D. Que la Comisión Abra el Caso y Declare su Admisibilidad

100. En atención a que los recursos internos no han sido adecuados o efectivos para amparar los derechos de los peticionarios, incluyendo el retardo injustificable en su tramitación, y en atención a la extrema urgencia de la necesaria protección internacional a las víctimas, se solicita a la Comisión proceda a la apertura del caso, declarando su admisibilidad y desechando las objeciones preliminares del Estado.

E. En Subsidio, Que la Comisión Abra el Caso y Difiera el Tratamiento de la Admisibilidad hasta la Discusión sobre el Fondo

101. En subsidio de las petición anterior relativa a la admisibilidad del caso, de acuerdo con el Artículo 37(3) del Reglamento de la Comisión, y en atención a las circunstancias excepcionales derivadas del potencial daño y perjuicio irreparable a la persona de las denunciantes, esta Parte le solicita a la Comisión:

- 1.- diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo, y
- 2.- proceder a la apertura del caso.

102. Como ha señalado la Comisión y la Corte, la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo. En efecto, en el Caso *Godínez Cruz*, la Corte decidió que las cuestiones relativas al agotamiento y efectividad de los recursos internos debían ser resueltas junto con las cuestiones de fondo.⁷² Idéntica solución fue adoptada por la Corte en el Caso *Genie Lacayo*.⁷³ En los *tres casos Hondureños*, la Corte también señaló que,

Naturalmente cuando el Estado opone, en tiempo oportuno, esta excepción, la misma debe ser considerada y resuelta, pero la relación entre la apreciación sobre la aplicabilidad de la regla y la necesidad de una acción internacional oportuna en ausencia de recursos internos efectivos, puede aconsejar frecuentemente la consideración de las cuestiones relativas a aquella regla junto con el fondo de la materia planteada, para evitar que el trámite de una excepción preliminar demore innecesariamente el proceso.⁷⁴

103. En el ámbito comparado, la *Corte Europea de Derechos Humanos* también ha aplicado este criterio, por ejemplo en su reciente fallo en el caso *Öcalan*. En este caso, el Estado opuso el no agotamiento de los recursos como excepción preliminar a la admisibilidad de la queja. La Corte Europea apuntó que esa cuestión estaba estrechamente relacionada con el mérito de la queja, y decidió unir este punto al examen del fondo. En este caso, la Corte Europea reitera su jurisprudencia en torno a que la existencia de un recurso debe ser suficientemente cierta, no sólo en la teoría sino que también en la práctica.⁷⁵

⁷² Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 3, párr. 98.

⁷³ Corte I.D.H., *Caso Genie Lacayo*, Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995, Serie C No. 21, párr. 31.

⁷⁴ Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 3, Párr. 95.

⁷⁵ ECHR: *Öcalan v. Turkey*, 12 Marzo 2003, 42 ILM 257, párr. 68-9; ver también *Salik and others v. Turkey*, 26 November 1997, *Reports 1997- VII*, p. 2625, § 53; *Vernillo v. France*, 20 February 1991, Series A no. 198, pp. 11-12, § 27; and *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, Series A no. 112, p. 22, § 45.

ANEXO I: OBSERVACIONES A LA POLÍTICA ELÉCTRICA IMPLEMENTADA POR EL ESTADO DE CHILE

Evaluación Económica Central HidroEléctrica Ralco

104. Esta sección aborda los problemas asociados a la política eléctrica diseñada e implementada por el Estado de Chile en los últimos años. El análisis económico de la Central Ralco, validado por estudios independientes, es de suma relevancia, pues demuestra cómo la Central Ralco malgasta valiosos recursos económicos del país en beneficio de intereses privados. En efecto, en términos económicos, la Central Ralco constituye un pasivo para Chile. Esta triste realidad económica se ve agravada frente a la destrucción ambiental ocasionada por la Central y frente a las violaciones de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan sus territorios ancestrales en la Cuenca del BioBío. En definitiva, esta sección demuestra cómo la política energética de la Central Ralco atenta en contra del bien común y el interés social del país.

1. Antecedentes

105. En el plan de obras de la Comisión Nacional de Energía (CNE) de Septiembre de 1995 la Central Ralco no estaba considerada dentro del horizonte de planificación de la Comisión. El plan de obras es el programa de inversión que optimiza la ampliación de la capacidad de generación de un sistema interconectado. En ese mismo plan de obras la CNE concluía:

“los resultados de este estudio ratifican las conclusiones de un estudio realizado sobre esta misma materia en diciembre de 1994, en el sentido que con los antecedentes que ha recibido la comisión respecto de los proyectos de gas natural, la incorporación de este combustible y su uso en centrales de ciclo combinado es en el mediano plazo la alternativa más conveniente de desarrollo”.⁷⁶

106. Luego a raíz de la declaración unilateral por parte de Endesa de la puesta en construcción de la central Ralco,⁷⁷ la CNE introduce a Ralco al plan de obras, con un *costo adicional* del plan de expansión del Sistema Interconectado Central (SIC) de US\$ 36,3 millones. Ante esta situación de presión, la declaración de la Sra. María Isabel González, Secretaria Ejecutiva de la CNE, realizada al diario El Mercurio, fue la siguiente:

"es lamentable esa decisión lo que implica que no se llevara a cabo el plan óptimo desde el punto de vista económico -social que es el de la comisión".⁷⁸

2. Análisis

107. Lo anterior motivó la realización de un estudio independiente (consultores EMG) para determinar la conveniencia económica del proyecto Ralco con respecto de la alternativa de reemplazarlo por centrales a gas en ciclo combinado.

108. El primer análisis se atuvo estrictamente a la metodología y valores utilizados por la propia CNE (modelo GOL). El resultado de este análisis arrojó un resultado desfavorable para Ralco de US\$ 47,6 millones desde el punto de vista privado y de US\$ 72 millones desde el punto de vista

⁷⁶ CNE, *Plan de Obras*, Septiembre 1995.

⁷⁷ CNE, *Plan de Obras*, Marzo 1996.

⁷⁸ El Mercurio, septiembre de 1996.

social. Es decir el estudio estableció claramente que el proyecto Ralco le costaría los chilenos US\$ 72 millones mas que su alternativa termo-eléctrica. Este estudio se puede replicar objetivamente para obtener el mismo resultado. El estudio independiente además viene a confirmar los costos adicionales e ineficiencia económica de Ralco establecidas por la Comisión Nacional de Energía.

109. Por otro lado el estudio independiente fue muy conservador en que:

- A. No considero el monto real de gastos fijos de operación de las plantas hidro-eléctricas, que de acuerdo con datos de la industria son alrededor de un 1.5% del valor de inversión de la central, es decir unos US\$ 7 millones por año.⁷⁹
- B. El costo total de inversión para dos unidades termo-eléctricas de 332 MW se consideró igual a US\$ 329 millones y costos fijos de operación de US\$ 5.4 millones al año, cifras extremadamente conservadoras ya que datos de entonces de la industria indicaban que el costo de inversión de dos plantas termo-eléctricas en ciclo combinado de 332 MW, tenían un costo aproximado de US\$ 280 millones a la puesta en marcha.⁸⁰

110. Al considerar los valores indicados en A y B anteriores, el mayor costo de Ralco ascendía a US\$ 110 millones.

3. Respuesta de Endesa

111. La respuesta de Endesa en su estudio “*El verdadero valor de Ralco*” se limitó a argumentar que la información utilizada en el estudio de EMG era añeja y la metodología errónea.⁸¹ Concretamente Endesa unilateralmente indicó que: (a) en el estudio se habría utilizado como cifra de inversión para Ralco US\$ 715 millones en vez de US\$ 617 millones (incluyendo líneas de transmisión), y (b) el horizonte de análisis habría sido de 25 años en vez de 50 años, lo que sería apropiado para una central hidroeléctrica como Ralco.

112. Ambas afirmaciones de Endesa eran falsas; la cifra de inversión considerada en el estudio fue de US\$610 millones y el horizonte de evaluación fue de 58 años, reemplazando la totalidad de la inversión termo-eléctrica los años 20 y 40.

113. En conclusión, Endesa nunca pudo rebatir en forma seria el hecho que el proyecto Ralco es un mal proyecto desde el punto de vista económico, particularmente considerando la metodología empleada por la Comisión Nacional de Energía. Aun más, los datos utilizados por el estudio de EMG fueron mas conservadores que los indicados por la propia Endesa. En definitiva, la respuesta de Endesa no tenía base económica o científica alguna.

114. Posteriormente, con la toma de control de Endesa por parte de Endesa España, el propio presidente de Enersis,⁸² Alfredo Llorente, reconoció públicamente que la rentabilidad de Ralco era de sólo un dígito; es decir, menor a la rentabilidad que el modelo de tarificación⁸³ ofrece a los inversionistas y menor al costo de capital de Endesa. O en otras palabras, Ralco es un proyecto que destruye valor para los accionistas de Endesa.

⁷⁹ Datos de la Industria (Rules of Thumb)

⁸⁰ Datos de la Industria

⁸¹ El Mercurio, Marzo de 1996.

⁸² Enersis es el grupo controlador de Endesa Chile y vehículo de inversión de Endesa España en Latinoamérica.

⁸³ Modelo que simula el mercado en un sistema regulado.

4. Evaluación Privada

115. Por otro lado, el modelo GOL considera solo los gastos variables de transporte del gas (2.75 mills/kwh), ya que los costos fijos del gasoducto son costos hundidos y son solo una transferencia. Siendo consecuentes con una evaluación privada del proyecto y considerando la totalidad de los costos de transporte (6.2 mills/kwh), el *mayor costo* de Ralco es de US\$46 millones.

116. Pero cabe notar que esta evaluación era aun muy conservadora ya que consideraba reemplazar la potencia de Ralco de 570 MW con una capacidad anual de generación de 3069 MWH por 664 MW de potencia termo-eléctrica con 5200 GWH de capacidad de generación anual y además considera los costos fijos de operación de 2 plantas termo-eléctricas a pesar de que Ralco podía ser reemplazada por una sola unidad de 400 MW aproximadamente.

117. Al considerar estas ultimas variables el mayor costo privado de Ralco asciende a US\$ 116 millones.

5. Evaluación Social

118. Ahora desde un punto de vista de evaluación social, es decir sin considerar los costos fijos de transporte y sin considerar los aranceles para el gas, el mayor costo de Ralco para el país era de US\$159 millones.⁸⁴ En otras palabras, el *no hacer Ralco*, libera recursos para el país del orden de US\$159 millones, los cuales podrían ser destinados al bien común del país, incluyendo la generación de energía para el desarrollo.

6. Motivación de Endesa

119. Entonces, por qué la actitud insistente de llevar a cabo el proyecto? En un inicio, Endesa estuvo motivada por su "vocación hidro-eléctrica" y por su posición monopólica en el mercado ya que contaba con el 60% del mercado de generación, casi el 100% del mercado de transmisión y cerca del 50% del mercado de distribución. Esta posición monopólica se veía amenazada con la llegada del gas natural desde Argentina, en cuanto fuente de energía más barata. Esta amenaza al negocio de Endesa se veía agravada por dos factores: (1) Endesa no participaba en la propiedad del gasoducto, y (2) Endesa había adquirido de manera gratuita la mayoría de los derechos de agua del país, en virtud de las reformas al código de aguas introducidas por el régimen militar. De hecho, luego de llegado el gas natural al país, y tras una fuerte caída del precio de la energía, el valor bursátil de Endesa cayó alrededor de un 70%.

120. Por consiguiente, la construcción de Ralco por parte de Endesa fue su manera de inhibir la construcción de proyectos termo-eléctricos y mantener una posición de mercado dominante. En otras palabras, la Central Ralco no fue concebida por Endesa para el bien común del país, pues como se ha detallado, la Central Ralco implica significativamente mayores costos para el desarrollo energético del país. En definitiva, la Central Ralco no se relaciona con el interés público, sino más bien con los intereses monopólicos de Endesa.

⁸⁴ Estudio EMG.

121. Luego de la toma de control por parte de Endesa España, el proyecto fue cuestionado seriamente. Sin embargo, dado el estado de avance de las obras y debido a presiones del gobierno (de acuerdo con lo declarado por la propia Endesa),⁸⁵ el proyecto siguió adelante.

7. Otros Derechos de Propiedad

122. Todos los chilenos tenemos ciertos derechos sobre el BíoBío al tratarse de un bien de uso público; estos derechos se relacionan con la posibilidad de observar su belleza, ir a pescar, disfrutar de su potencial turístico e incluso el hecho de saber que existe. Con la central Ralco perdemos estos derechos, ya que el proyecto Ralco implica el entubamiento del río dejando el río seco por casi 10 kms y resultando lago artificial cuyo nivel podría variar hasta 33 metros con un volumen de regulación del 65% del volumen total, y dejaría hasta un 40% de su superficie seca.

123. La lógica indicaría que cada chileno debiera recibir algo sustancial a cambio, en lo principal una reducción en las tarifas eléctricas. Sin embargo, al tratarse de un proyecto sujeto al riesgo del ciclo hidrológico que obliga instalar unidades de respaldo ineficientes, los precios regulados reflejan el mayor costo de falla del sistema. Entonces al no haber beneficios sino destrucción y violación de derechos, el Estado debiera impedir que Endesa malgastare el patrimonio hídrico y ambiental de Chile en un mal proyecto.

124. En otras palabras, la consecución del bien común y el interés social le imponen deberes positivos al Estado, como son las de salvaguardar el patrimonio cultural y ambiental del país. Por otra parte, el desarrollo del país, incluyendo la generación de energía, debe siempre y en todo momento respetar los derechos humanos de los habitantes, especialmente de las minorías étnicas más desamparadas. El Estado tiene a este respecto especiales deberes de protección de la integridad física, psíquica, y cultural de las familias indígenas, como lo ha señalado repetidamente la Comisión. En definitiva, ningún proyecto de pseudo-desarrollo puede justificar la violación de los derechos fundamentales de las personas.

125. Como se ha detallado anteriormente, la construcción y operación de la Central Ralco empobrece a todos los chilenos, tanto en términos del costo de la energía, como también en relación a otros derechos de propiedad. Por otra parte, el no hacer Ralco libera recursos para el país del orden de US\$ 159 millones y preserva el potencial de desarrollo de la cuenca del BíoBío para otras actividades que sin duda contribuirán al bienestar de las generaciones futuras.

126. De hecho un estudio valoriza la cuenca del alto BíoBío en su estado natural en US\$ 600 millones.⁸⁶ En efecto, los servicios ambientales que proporcionan los ríos en su estado silvestre superan con creces los costos asociados a su destrucción ambiental. Esto es aún más cierto en el Caso Ralco, donde la cosmovisión, espiritualidad, y cultura Pehuenche se ha integrado a los elementos materiales de sus tierras y sus aguas, donde habitan sus antepasados y donde reside su identidad como pueblo.

127. Por último, la tendencia en el mundo desarrollado de decomisionar grandes proyectos hidroeléctricos refleja el mayor valor, también en términos económicos, que tienen los ríos en su estado natural. Así por ejemplo, en Estados Unidos, sólo desde 1999 se han decomisionado más de 100

⁸⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, Alegato en Estrado de Ramón Domínguez Aguila por Endesa, 24 Abril 2003, Causa Rol 2491 del año 2000, caratulada "*Berta Quintremán Calpán contra Resolución 326 del Director Regional de Aguas de las VIII Región del BíoBío*".

⁸⁶ CONADI, Carlos Risopatrón.

represas, y otros cientos antes de esa fecha, entre los ríos *Snake* y *Elwha* en el noroeste de los Estados Unidos

8. Matriz Energética y Riesgo de Suministro

128. El sistema interconectado central es altamente dependiente en la generación hidro-eléctrica y por lo tanto en el ciclo hidrológico. Este ciclo está fuertemente influenciado por la oscilación del Pacífico (corrientes de la Niña y del Niño) resultando en extremos pluviométricos con sequías e inundaciones. Además, casi el 80% de la capacidad hidroeléctrica del país se concentra en las Cuencas del BíoBío y del Maule a escasa distancia una de otra y dentro de la misma zona climática. Por lo tanto la construcción de Ralco en reemplazo de centrales térmicas, aumenta considerablemente el riesgo de falla del sistema, tal como sucedió los años 1998 y 1999.

129. Es decir, la construcción de Ralco hace al SIC más vulnerable aun y el sistema sería mucho más seguro respecto de la probabilidad de falla sin Ralco y con una planta termo-eléctrica en su reemplazo y por lo tanto hace más cara la operación del sistema elevando de esta manera las tarifas de generación.

9. Otras Consideraciones

130. Por otro lado la única alternativa a Ralco no la constituye plantas a gas; hoy es una realidad la posibilidad de interconexión eléctrica con Argentina, con considerables ventajas económicas para ambos países o la interconexión con el Sistema Interconectado del Norte Grande en Chile (SING) que cuenta con una capacidad instalada redundante donde sobran al menos el equivalente a dos Centrales Ralco.

131. El análisis de la política energética en Chile no puede estar centrado solamente en aumentar la oferta de energía, sino que también se pueden y deben considerar programas de ahorro y de racionalización energética. El enfoque en la eficiencia energética pasa por racionalizar la demanda de energía, incentivando inversión en tecnologías que permitan optimizar el uso de la energía. En Chile, sin embargo, el crecimiento del país no ha ido aparejado de la transformación tecnológica en el ámbito energético. Todo lo contrario, cada unidad de crecimiento en la producción es devengada a costas del uso ineficiente de energía.

132. A su vez, el uso ineficiente de la energía deriva en que los costos asociados al aumento de la oferta energética recaen sobre las comunidades más desposeídas y sobre el medio ambiente. En efecto, Ralco ilustra cómo las comunidades indígenas del Alto BíoBío, que no gravitan en los centros metropolitanos donde se distribuye el poder político, son sacrificadas para satisfacer los intereses económicos de pequeños grupos industriales. En este sentido cabe recalcar que la legitimidad del poder público en el estado democrático de derecho fluye del respeto a los derechos fundamentales de las personas y grupos, especialmente el respeto a las minorías y los pueblos originarios.

10. El Presente y el Futuro

133. Finalmente, cabe notar que Ralco siempre será prescindible.

134. Hoy el SIC tiene una capacidad instalada de 7000 MW y una demanda de 5200 MW, que crece a razón de 300 MW por año. Por lo tanto. En el corto plazo, con un año hidrológico normal, Ralco no es necesario; por otro lado, en un año hidrológico con sequía, Ralco claramente es

insuficiente y de poco servirá. Por ejemplo, en los años 1998 y 1999, la central Pangué, situada algunos kilómetros aguas abajo de Ralco, sólo generó alrededor de un 10% de su capacidad.

135. En el mediano plazo, Ralco puede ser reemplazado por proyectos termoeléctricos, de interconexión y/o de eficiencia energética aprovechando los incentivos provenientes del Protocolo de Kyoto, proceso ya puesto en marcha en Chile. Además, los proyectos en base a gas con centrales en ciclo combinado son cada vez más atractivos con el descubrimiento y desarrollo de vastos yacimientos de gas en Perú y en Bolivia, aparte de los ya existentes en Argentina.

136. En el largo plazo, Ralco significaría solo una pequeña fracción de la demanda total del SIC, lo que difícilmente habrá justificado la destrucción de la cuenca del Alto BíoBío. Además, esta pequeña fracción de energía será fácilmente reemplazable por proyectos con nuevas tecnologías, tales como sistemas de energía distribuida en base a celdas de combustible, sistemas eólicos, fotovoltaicos y/o de biomasa, aparte de proyectos termo-eléctricos.

137. La existencia de alternativas energéticas más baratas y que no destruyen el patrimonio hídrico, ambiental, y cultural del país, agravan la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan desde tiempos inmemoriales en la Cuenca del Alto BíoBío.

ANEXO II: OBSERVACIONES A LA POLÍTICA INDÍGENA IMPLEMENTADA POR EL ESTADO DE CHILE

138. El gobierno de Chile en su respuesta de fecha 25 de marzo de 2003 a la denuncia interpuesta con fecha 12 de diciembre de 2002 pasado por cinco mujeres pehuenche por la violación de sus derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos en el contexto de la autorización y construcción de la central hidroeléctrica Ralco, incluye una sección que denomina "Logros de la política pública en materia indígena (período 1994-2002)."

139. Uno de los argumentos que esgrime es que la existencia de una política especial para los pueblos indígenas es demostrativa de su interés de velar por el bien común y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales. Así sostiene en el No 7 de las Conclusiones:

140. "Finalmente, cabe hacer presente que el Gobierno de Chile siempre ha manifestado su interés de velar por el bien común y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales y de ello da cuenta la política especialmente diseñada para proteger los derechos de los pueblos indígenas que habitan el país."

141. Al respecto es relevante informar a la Comisión de los alcances y limitaciones de la política desarrollada por el Gobierno chileno hacia los pueblos indígenas en la última década. De particular relevancia para los efectos del caso que analiza esta Comisión es el análisis de las políticas impulsadas por dicho Gobierno en relación con los derechos políticos y participatorios y el derecho a la tierra que están en juego en la denuncia que se analiza en este caso.

1. DERECHOS POLÍTICOS Y PARTICIPATORIOS

Marco normativo de Ley 19.253.

142. En materia de derechos políticos y participatorios la ley de 1993 intentó poner término a la marginación de la que en este ámbito los indígenas en Chile fueron objeto en el pasado. Respondiendo a la demanda dominante en la época en el movimiento mapuche, la ley promovió la organización legal de los indígenas y de sus comunidades, así como la participación en la instancia creada para la coordinación de la política indígena del estado (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI) y la consulta a las organizaciones indígenas por parte de los organismos públicos en aquellas materias que les atañen.

143. Las principales disposiciones de la ley 19.253 que consagran estos derechos son:

- Se reconoce a los indígenas, a sus distintas etnias y comunidades, el deber de la sociedad y del estado de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas y sus culturas, y proteger sus tierras, adoptando medidas para tal efecto (art. 1);

- Se promueve la constitución de comunidades históricas, familiares o territoriales (art. 9 y 10) y de asociaciones funcionales indígenas (art. 36 y 37), creándose un mecanismo expedito para ello, dotándoseles de personalidad jurídica para su actuación;

- Se establecen las denominadas "áreas de desarrollo indígena" (ADI), concibiéndolas como "espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades". Dichas ADI deben ser declaradas por

MIDEPLAN, a propuesta de la CONADI, cuando concurren ciertos requisitos territoriales, demográficos y/o ambientales (arts. 26 y 27);

- Se establece que los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce la ley (art. 34);

- Se establece como una de las funciones primordiales de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) el promover e impulsar la participación de las personas y comunidades indígenas en la vida nacional (art. 39)

- Se prevé la participación indígena en el Consejo Nacional de CONADI, órgano máximo de esta entidad encargado de la conducción de la política indígena del estado, integrado por, además del Director Nacional designado por el Presidente de la República y de ocho representantes de gobierno, ocho representantes indígenas, cuatro mapuche, un aimara, un atacameño, un rapa nui y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional. Tales representantes serán designados, a propuesta de las comunidades y asociaciones indígenas, por el Presidente de la República de acuerdo con un reglamento que se dictará para estos efectos (arts. 38 a 42);

- Finalmente, en materia de costumbre indígena y de su aplicación ante la justicia, dispone que “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad (art. 54).

-Limitaciones De La Normativa Legal.

144. En materia de derechos políticos y participatorios, la ley aprobada en 1993 echó por tierra muchas de las demandas de los pueblos indígenas, las que, en consonancia con las tendencias del derecho internacional y comparado, decían relación con el reconocimiento de su carácter de pueblos al interior del estado chileno, así como de los derechos colectivos – participación, autonomía, autogestión - que son inherentes a este carácter.

145. Como es sabido, la ley no reconoció a los indígenas el carácter de pueblos, sino sólo de etnias y comunidades. La negación de su identidad como pueblos generó – y sigue generando – frustración, no sólo entre los mapuche, sino entre los pueblos indígenas en general. Ella es vista como la incapacidad de la sociedad chilena de aceptar su existencia como entes sociopolíticos y culturales preexistentes al estado chileno.

146. En forma consistente con lo anterior, la ley tampoco acogió la demanda indígena relacionada con la autogestión económica ni con la autonomía relativa en el ámbito de la justicia. En el primer plano, no estableció derechos que permitiesen a los indígenas y a sus comunidades definir el tipo de desarrollo a impulsar en sus áreas tradicionales. Ejemplo de ello es que no contempló formas de participación indígena en la administración de las ADI. Sólo reconoce una participación indígena, mediatizada por la decisión del ejecutivo, en el Consejo Nacional de CONADI. Ello, además de una limitada participación de carácter consultivo en las decisiones de los servicios de la administración del estado y en la administración de las áreas protegidas ubicadas en las ADI.

147. En el segundo plano, el reconocimiento hecho por la ley de la costumbre indígena contrasta significativamente con aquel contenido en el proyecto de ley presentado al Congreso Nacional en 1991. En este proyecto se reconocía “la existencia y validez del derecho consuetudinario y la costumbre de los pueblos indígenas”, agregando, además, que “al aplicarse la legislación a estos pueblos deberán tomarse

debidamente en consideración las costumbres y derechos.” También se especificaba su naturaleza y sus límites al disponer que “... los pueblos indígenas... tendrán derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Estado y en los tratados internacionales ratificados por Chile...” (artículo 59 proyecto).

148. En el mismo proyecto se proponía la figura de los Jueces de Paz indígenas para la resolución de conflictos de menor cuantía al nivel comunitario, según la costumbre y el derecho consuetudinario indígena. Los Jueces de Paz utilizarían “la costumbre o derecho consuetudinario como elemento fundamental para resolver” los conflictos sometidos a su conocimiento (arts. 91 y 93 proyecto). Dicha propuesta tampoco fue recogida por el Congreso en el texto aprobado.

149. Finalmente, cabe hacer una mención al reconocimiento por la ley de las comunidades y asociaciones como instancias de organización indígena. En el primer caso, el texto aprobado por el Congreso (art. 10 inciso segundo), permite la conformación de una comunidad legal con sólo un tercio de los indígenas mayores de edad, y un mínimo de diez personas, abriendo las puertas- como veremos más adelante - a la división de comunidades mapuche surgidas de los títulos de merced otorgados por el estado y las comunidades tradicionales de los pueblos . En el segundo caso, la limitación a la que quedaron sometidas las asociaciones indígenas, las que tienen la prohibición de asumir la representación de las comunidades indígenas (art. 35), obstaculiza el proceso de federación de los mapuche en áreas territoriales de alta densidad de población indígena.

Política Pública.

150. En los últimos años, y desde el proceso de elaboración de la ley indígena (entre 1990 y 1993), se puede afirmar que los indígenas no han tenido una participación sustancial en las decisiones gubernamentales, ni han tenido la posibilidad de decidir sobre los asuntos propios.

151. Los derechos políticos y de participación de los pueblos indígenas tienen que ver básicamente con dos aspectos. En primer lugar, la participación de los indígenas se relaciona con el grado de control que ellos pueden ejercer sobre sus propios asuntos, cuya máxima expresión, aunque no la única, está asociada a la posibilidad de que los Pueblos Indígenas ejerzan el derecho a la libre determinación según la define el PIDCP, y que se asocia (en el caso de los pueblos indígenas) con la autonomía. En segundo término, se refiere a la posibilidad de tener influencia en las políticas indígenas del Estado, respecto a lo cual existen distintas experiencias en el derecho internacional y comparado, como el mecanismo de consulta que establece el Convenio 169, la participación en los órganos del Estado (incluso aplicando mecanismos de discriminación positiva)⁸⁷, siendo la más completa la cogestión, que implica el manejo de espacios territoriales estatales mediante órganos conformados igualmente por indígenas y funcionarios públicos⁸⁸.

152. Sobre la primera dimensión de la participación, es decir, el derecho a decidir sobre los propios asuntos, durante la transición no sólo no ha existido avances en este punto, sino que no se ha dado un debate abierto donde se consideren seriamente las posiciones de los indígenas. En los últimos años no se ha avanzado ni siquiera en la negociación para la revisión del sistema legal con el objeto de incorporar normas legales que amplíen los derechos específicos de los indígenas. La legislación sobre indígenas aprobada en 1993, utiliza el término etnia para referirse a los indígenas, lo que además de ser equívoco⁸⁹, no establece una categoría jurídica⁹⁰. No se han dado en Chile los

⁸⁷ Se podría incluir aquí los procesos de municipalización en Bolivia y en el Estado Oaxaca, en México.

⁸⁸ Tanto en Bolivia como en Colombia existen algunas experiencias en este sentido.

⁸⁹ El término etnia no aporta ningún rasgo característico, pues todos pertenecemos alguna etnia.

reconocimientos de los derechos indígenas que han proliferado en el derecho comparado latinoamericano⁹¹, en una tendencia que se ha tendido a denominar como pluralismo jurídico. En esos países a estas alturas la discusión ya no se refiere a la titularidad de derechos específicos (colectivos e individuales) por parte de los indígenas, sino, más bien, a cuáles derechos les corresponde y a la forma en que ellos se hacen efectivos.

153. El gobierno presentó una propuesta de reforma constitucional al Congreso en 1991, que fue rechazada en octubre de 2000. La iniciativa agregaba un inciso al artículo 1º de la Constitución: "El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena". En Junio de 1999 el diputado Francisco Huenchumilla presentó otra reforma que incluía el reconocimiento de Pueblos y establecía una participación fundada en el principio de discriminación positiva. Actualmente, se tramita en el Congreso una reforma constitucional sobre distintos aspectos, la Comisión de Legislación, Constitución y Justicia aprobó, en sesión celebrada el día 3 de julio de 2002, su informe sobre reformas constitucionales, las que deben pasar ahora a la sala, para su discusión. La Comisión aprobó la siguiente propuesta: "La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad". La norma aprobada no recoge la propuesta de los indígenas y niega su consideración como sujetos jurídicos colectivos, utilizando un término (poblaciones) de carácter demográfico, que era utilizado por la OIT antes del proceso de descolonización para referirse a los indígenas en países colonizados. La propuesta trivializa la diversidad, al no considerar la aceptación igual de otra etnia con consecuencias relevantes (como el derecho al territorio), manteniéndose una situación de discriminación, al margen de la evolución internacional y comparada en la materia.

154. Por otra parte, la iniciativa para ratificar el Convenio 169 sólo ha logrado obtener aprobación en la Cámara de Diputados y debió sortear un requerimiento por inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios de Renovación nacional y la Unión Demócrata Independiente al Tribunal Constitucional. Los parlamentarios habían solicitado la declaración de inconstitucionalidad total del Convenio porque atendida la naturaleza de sus normas, argumentaban debía aprobarse como una Ley Orgánica Constitucional, lo que implica un quórum especial. Además solicitaban la declaración de inconstitucionalidad del Convenio, por el reconocimiento que este Tratado hace de los Pueblos Indígenas como sujetos de derecho público, que supuestamente afectaría la soberanía nacional; el reconocimiento de las costumbres por afectar el principio de igualdad; y los derechos territoriales, que se opondrían al derecho de propiedad.

155. Los argumentos utilizados en la discusión nacional por quienes se oponen a las reformas legales que incorporen los derechos de los indígenas, son similares a las que se habían presentado durante los '80 en el ámbito internacional. Es decir, que estos derechos afectarían el sentido unitario de la nación, la igualdad jurídica de las personas, y la integridad territorial del Estado.

156. De esta forma, y por una interpretación extensiva de la supremacía constitucional y restrictiva de los derechos, se ha planteado que "el contenido preceptivo del Convenio concuerda

⁹⁰ En el derecho internacional se ha utilizado en el pasado, el término poblaciones, o minorías como en el PIDCP, y actualmente se ha generalizado la de Pueblos.

⁹¹ Salvo el caso de Panamá, que ya había incluido normas al respecto a nivel constitucional en los '70 y dispone de un sistema de autonomía de "Comarcas indígenas" que data casi desde principios de siglo, y Nicaragua que estableció en la Constitución en 1986 la autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica, delegando a la ley la regulación de ésta, la mayoría de los países han reformado sus constituciones durante los '90 (incluso México en dos oportunidades: en 1994 y 2001), sólo Uruguay y Chile se cuentan entre los países latinoamericanos que no contemplan ningún tipo de reconocimiento a nivel constitucional o de reconocimiento del Convenio 169 de la OIT.

adecuadamente con la calificación de los pueblos indígenas como ‘grupos intermedios’⁹². La misma intención de pretender reducir el alcance de los términos de este reconocimiento, se observa por parte del Tribunal Constitucional chileno (que si bien rechazó en definitiva el requerimiento por inconstitucionalidad de la propuesta de ratificación del Convenio 169), señaló que el Convenio no crea ningún sujeto de derecho público que pueda reclamar derechos colectivos, y que sus normas no pueden ser interpretadas de tal manera que afecten los preceptos constitucionales (especialmente sobre el derecho de propiedad). Otra interpretación daría pie –supuestamente- a una contradicción inaceptable en nuestro sistema jurídico, ya que “el Convenio interpone entre el Estado y los chilenos de origen indígena a los ‘pueblos indígenas’ a quienes le transfieren atribuciones que implican un claro ejercicio de soberanía, limitando las competencias de los órganos públicos y los derechos de los nacionales de origen indígena”⁹³. El gobierno ha anunciado algunas reservas que aplicará al Convenio en un sentido similar, entendiendo que el reconocimiento incluye a grupos que forman parte del Estado, demostrando escasa convicción en la incorporación de nuevos derechos para los indígenas en el ordenamiento interno que tengan que ver con la participación.

157. También se ha señalado que estos conceptos (pueblo indígena, territorio indígena, cultura indígena), pueden “iniciar la división interna que concluya en la creación de un Estado indígena instalado en nuestro territorio”, y que en general, “las reformas constitucionales [que] dan reconocimiento de *pueblo* a las diversas razas indígenas que habitan el país y otorgan a éstos un status especial... resulta[n] contrario[as] a la estructura de nuestra Carta Fundamental, a la esencia de sus definiciones de Chile como Estado Unitario y República Democrática”⁹⁴.

158. Esta discusión acerca de la naturaleza de los derechos de los indígenas ya había tenido lugar durante la discusión de la Ley indígena, cuando el Congreso excluyó el término Pueblo, recogiendo la propuesta del Senador Sinclair, que “manifestó su discrepancia al uso de estos términos en el proyecto, toda vez que la totalidad de los habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, que es uno y único, siendo absolutamente inadecuado, desde un punto de vista geopolítico, la aceptación tácita, de la existencia de pueblos aborígenes o indígenas al interior del territorio”⁹⁵. Acogiendo tal observación, la comisión acordó en forma unánime, acoger los planteamientos del parlamentario, reemplazando la utilización de la expresión “pueblos indígenas” por la expresión “etnias indígenas”⁹⁶. Otro de los argumentos que se han utilizado para rechazar estas reformas es el principio de igualdad, entendido en un sentido formal, afirmándose que este reconocimiento implicaría un tratamiento privilegiado para un grupo de la población. En otras oportunidades se ha señalado que los indígenas en Chile solo constituirían un remanente de un proceso de mestizaje que aún no alcanza a su término.

159. Chile se encuentra por debajo de los estándares internacionales en materia de derechos de los indígenas, especialmente en el ámbito de su reconocimiento como sujeto colectivo y su derecho a decidir sobre sus asuntos. Si bien este no es un tema cuyos alcances se encuentren completamente resueltos en el ámbito internacional y comparado, existen aspectos que sí lo han sido y que determinan las políticas públicas de los países. Entre ellos, destaca el considerar a los indígenas como capaces para decidir en torno a su propio desarrollo y a resolver sus asuntos, y a considerar a las

⁹² Silva, Antonio. 1991. “El Convenio 169 sobre pueblos indígenas”. Informe en derecho, inédito; p. 10.

⁹³ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 4 de Agosto de 2000, fojas 250 vuelta, en causa sobre requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169, Rol N° 309.

⁹⁴ Intervención de la Sociedad nacional de Agricultura en relación al Convenio 169, en el marco del Grupo de Trabajo para Pueblos Indígenas convocado por el Presidente de la República, en “Informe Final”, Ministerio de Planificación, mayo de 2000

⁹⁵ Senado, sesión 10ª, legislatura de 13 de julio de 1993, pág. 1317.

⁹⁶ Idem.

sociedades indígenas como sociedades en permanente evolución y que no están destinadas a desaparecer o integrarse a la nación dominante.

160. Durante el último año, en Chile la discusión se encuentra inmovilizada, básicamente reducida a la discusión constitucional a la que se ha hecho mención, la que, por lo demás, no pareciera estar dentro de la agenda política más urgente. La agenda pública se ha concentrado en la ejecución del Proyecto Orígenes, financiado con fondos internacionales, y que ha ocupado también la agenda de los líderes indígenas, dejando estos otros temas en un segundo plano, bajando la intensidad del conflicto, pero sin afrontarlo con profundidad.

161. *El segundo aspecto de los derechos políticos se refiere a la participación de los indígenas en las decisiones del gobierno que les afectan.* Al respecto, pese a que este derecho formaba parte de los Acuerdos de Nueva Imperial y a que ha sido señalado como uno de los objetivos del gobierno en las políticas indígenas, han existido varios contrastes.

162. Los instrumentos que se podrían utilizar bajo el actual régimen legal para recoger la opinión de los indígenas son las organizaciones indígenas, la conformación interétnica del órgano central de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), la cogestión en las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), y el deber de los órganos del Estado de oír a las comunidades (artículo 34 de la Ley indígena). Además, en los últimos años el Ejecutivo ha generado instancias políticas de diálogo con diversos sectores del mundo indígena.

a) En cuanto a las organizaciones indígenas

163. En cuanto a las organizaciones indígenas, la ley indígena reconoce sólo dos formas: i) la comunidad indígena y ii) la asociación indígena. La Comunidad indígena es una agrupación de personas pertenecientes a una misma etnia indígena que provienen de un mismo tronco familiar, reconocen una jefatura tradicional, poseen o hayan poseído tierras indígenas en común, y/o provengan de, un mismo poblado antiguo⁹⁷. Los derechos que la ley establece para las comunidades consisten en poder postular a la compra de tierras mediante el subsidio o el Fondo de Tierras en conflicto, y solicitar la transferencia gratuita de los sitios sagrados o ceremoniales que se ubiquen en terrenos fiscales. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena ha promovido su constitución, y a través principalmente de los Programas de Desarrollo Rural se han constituido más de 1400 comunidades.

164. El problema que presenta esta tipología legal de organización es que ignora la estructura política y social tradicional de los indígenas.⁹⁸ Si bien esta última se ha ido transformando (o derechamente perdiendo en algunos casos) en el tiempo⁹⁹, es una realidad local que se superpone con la legal. Ella genera una forma dinámica de liderazgo indígena, que la “comunidad” no logra reflejar,

⁹⁷ La ley también establece que basta que concurra 1/3 de los que tienen derecho a hacerlo, siempre que al menos sean 10 personas.

⁹⁸ Sólo para el caso de los mapuche williche la ley reconoce su organización tradicional, el Consejo de Caciques, pero no le reconoce facultades y derechos. En la práctica han coexistido estas instituciones con las funcionales que define la ley, generándose dinámicas políticas de coordinación, pero también de conflicto interno.

⁹⁹ En el caso de los mapuche, si bien el *lof* o comunidad ha sufrido cambios significativos en el tiempo, con la reducción, la migración a las ciudades, la división de tierras, etc., existe una vinculación y organización social en que se vincula lo urbano y lo rural, lo tradicional y lo contemporáneo, fundada en el parentesco y los aspectos económicos, entre otros factores, con distintas autoridades que se superponen con la tradicional: el *logko*, quien ha perdido gran parte de su autoridad junto con la pérdida de poder de administración de la tierra y la resolución de conflictos. Para el caso de los aymara es el *ayllu*, y, en el de los atacameños, la organización comunitaria, que tiene por objeto administrar el uso de las aguas colectivas, para lo que se elige democráticamente a una autoridad denominada *Jueces de aguas*, *Celadores* o *Jefes de Grupo*.

al corresponder más bien a una artificialidad¹⁰⁰ con escaso poder de participación social y un carácter meramente funcional (sus objetivos se reducen a la postulación de subsidios estatales), originando una multiplicidad de autoridades locales que estimulan los conflictos internos y permiten la fragmentación del movimiento indígena.

165. Las Asociaciones indígenas son agrupaciones voluntarias y funcionales de al menos 25 indígenas en torno a un objetivo común. Se asemejan a instancias gremiales para realizar actividades sin fines de lucro, y pueden postular al Fondo de Desarrollo que administra la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

166. No obstante la fuerte inversión que ha realizado CONADI en los últimos años, esto no se ha expresado en un impacto significativo en términos de superación de la barrera de la pobreza, y muchos de los proyectos han fracasado luego del término del subsidio estatal.

167. Por otro lado, como la ley no establece formas de organización que incorpore a varias organizaciones indígenas, regionales o nacionales, las asociaciones han sido utilizadas para cumplir ese rol a nivel comunal, a través de la formación de asociaciones entre directivos de varias comunidades¹⁰¹, sin embargo esta organización no está planteada como una federación, y por lo mismo se producen conflictos en su interior, ya que legalmente está constituida sólo por individuos.

b) El órgano superior de la CONADI tiene una composición interétnica,

168. El órgano superior de la CONADI tiene una composición interétnica, es decir participan en él representantes del ejecutivo e indígenas¹⁰², lo que representaba una de las demandas más sentidas de los indígenas durante la discusión de la ley¹⁰³. Sin embargo, la influencia que pueden ejercer los indígenas es menor, toda vez, que el Director Nacional de la CONADI sumado a los Consejeros no indígenas pueden constituir mayoría, y todos éstos son de la confianza del Presidente de la República.¹⁰⁴

169. Esta situación de falta de influencia política de los Consejeros indígenas, se reflejó claramente en el proceso de otorgamiento de autorizaciones para la Construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco en Alto Bío-Bío. Según lo dispone la ley, para que la empresa pudiera disponer de las tierras que necesitaba inundar, debía realizar una permuta (la venta directa a un no indígena no es permitida), la que debía además ser aprobada por el Director de la CONADI, y según los reglamentos internos cuando se trataba de permutas que podían afectar a toda la comunidad –como es el caso- la autorización debía previamente ser autorizada por su Consejo Nacional. Ya en el año 1996, durante la tramitación de los permisos ambientales, la CONADI había emitido un informe negativo del Proyecto, donde incluso se lo calificaba de etnocida, y se había manifestado en diversas instancias su oposición a la Central, lo cual llevó en último término a que el Presidente de la República de la época pidiera la renuncia al Director Nacional, Mauricio Huenchulaf. En 1998 ocurriría otro tanto con Domingo Namuncura, a horas de realizarse el Consejo que dirimiría la suerte de las permutas,

¹⁰⁰ La ley posibilita la formación de hasta tres comunidades donde antes había una familia radicada, incluso permite establecer comunidades sin un referente territorial.

¹⁰¹ Al menos, en la Novena Región son los líderes de éstas organizaciones las que han tenido mayor protagonismo político.

¹⁰² Este Consejo está integrado por cinco subsecretarios nombrados para este efecto, por los respectivos ministerios (Secretaría General de Gob., Planificación, Agricultura, Educación y Bienes Nacionales) , tres designados por el presidente, ocho representantes indígenas y el Director Nacional que lo preside.

¹⁰³ Participación “orgánica” en el Estado.

¹⁰⁴ Ya sea directamente, o por intermedio del ministro respectivo.

ante su opinión negativa respecto de ellas¹⁰⁵. Aunque el Consejo pudo haber funcionado de todas formas con su Director Subrogante, el Ministerio de Planificación impidió que se utilizara el edificio de CONADI, para evitar que se realizara la reunión que tendría un resultado previsible. Esta reunión no se desarrolló sino hasta que se designó a otro Director, y se exigiera la renuncia a dos Consejeros de la confianza del Presidente, que tenían también una posición contraria a la ejecución del Proyecto.¹⁰⁶ El resultado fue que el voto negativo de algunos de los indígenas, o su negativa a participar en la sesión, no incidió en el resultado final de aprobación.

170. Actualmente la participación de los Consejeros en las decisiones de la Corporación es más exigua y no tiene demasiada importancia en las políticas de la institución, sino sólo a través del mecanismo de compra de tierras en conflicto, lo que ha generado cierto grado de clientelismo entre las organizaciones y líderes indígenas que participan en este órgano. También, los consejeros participan, como se dirá, en la estructura organizativa del Proyecto Orígenes, con escasa influencia.

171. En otro sentido, se puede cuestionar la real representatividad de los Consejeros indígenas de CONADI, ya que estos no son elegidos directamente por sus propios Pueblos. Si bien existe un proceso electoral previo, se trata solo de una consulta no vinculante para el Presidente de la República, quien puede, como lo hizo el Presidente Frei Ruiz-Tagle en la primera elección de Consejo que le correspondió, nombrar a un candidato que no ha obtenido mayoría entre sus pares. Además, en dicha consulta se vota por representantes a nivel nacional y no por cada pueblo o etnia, no existen registros electorales, y se carece de suficientes garantías para asegurar el secreto e información del voto, así como un escrutinio que no deje lugar a dudas.

- c) En términos de cogestión, la ley contempla sólo un instrumento de co administración (ya vimos que dicha hipótesis no se da en el caso del Consejo de CONADI)¹⁰⁷

172. En términos de cogestión, la ley contempla sólo un instrumento de co administración (ya vimos que dicha hipótesis no se da en el caso del Consejo de CONADI)¹⁰⁸, que es el caso del Área de Desarrollo Indígena (ADI) en Áreas Silvestres Protegidas (ASP). Las ADI son espacios territoriales caracterizados por la densidad de población indígena, que han ocupado u ocupan los indígenas, que posee homogeneidad ecológica, y que dependen de los recursos naturales para su equilibrio. Su designación se hace por Decreto y depende de MIDEPLAN. Su objetivo es que los órganos del Estado focalicen su acción en estos espacios. La ADI no contempla, en cambio, participación indígena alguna, ni en su designación, ni en la gestión, salvo para el caso de que ésta coincida con un Área Silvestre Protegida, en cuyo caso las comunidades tienen derecho a participar en la

¹⁰⁵ El ex director manifestó que la voluntad prestada por los pewenche en los contratos, no resultaba seria e informada.

¹⁰⁶ Se trata de Mylene Valenzuela y Cristian Vives.

¹⁰⁷ En el proyecto de ley elaborado por la CEPI se establecía la institución de los "Territorios de Desarrollo Indígena", que se definía en el proyecto como "el espacio social, demográfico, ecológico, cultural fundamental para la existencia y desarrollo de los pueblos indígenas. El Territorio incluye el conjunto del sistema ecológico necesario para el desarrollo de estos pueblos, sin perjuicio de los derechos de propiedad constituidos en esos espacios" (CEPI, s/f), y establecía el derecho de las comunidades a participar en la toma de decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo (estableciendo incluso la posibilidad de oponerse a ellos), así como el derecho a beneficiarse materialmente de las actividades desarrolladas en dicho espacio.

¹⁰⁸ En el proyecto de ley elaborado por la CEPI se establecía la institución de los "Territorios de Desarrollo Indígena", que se definía en el proyecto como "el espacio social, demográfico, ecológico, cultural fundamental para la existencia y desarrollo de los pueblos indígenas. El Territorio incluye el conjunto del sistema ecológico necesario para el desarrollo de estos pueblos, sin perjuicio de los derechos de propiedad constituidos en esos espacios" (CEPI, s/f), y establecía el derecho de las comunidades a participar en la toma de decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo (estableciendo incluso la posibilidad de oponerse a ellos), así como el derecho a beneficiarse materialmente de las actividades desarrolladas en dicho espacio.

administración. Se puede decir que la presión que han ejercido algunas comunidades ha incidido en la decisión del gobierno de decretar un ADI, pero no en su definición espacial, lo que ha implicado que el criterio productivo, geográfico, administrativo, prime sobre el sociopolítico.

173. Las ADI constituyen uno de los instrumentos principales de la política indígena del Estado, porque le permiten al Estado hacer una planificación territorial e incidir en espacios locales. No obstante, la dificultad de las ADI es que, hasta ahora, sólo están definidas legalmente y en la práctica ninguna de ellas se ha logrado implementar a plenitud, sea por la ausencia de coordinación entre los servicios públicos que deben actuar en las ADI o por la falta de recursos, y los Decretos de designación no aportan elementos para resolver el problema.

174. Particularmente negativo es el caso del ADI de Alto Bío Bío, donde no existe ninguna acción especial que dé cuenta de esta designación. El conflicto por la ejecución del proyecto de construcción de seis centrales hidroeléctricas, ha impedido avanzar en este aspecto.

175. En el caso del Área del Desarrollo del Budi, en el último tiempo ha existido un interés del gobierno por incorporar organizaciones indígenas locales en la gestión, generándose una instancia representativa de las comunidades formada por varias organizaciones, "Pu werken lof budi", una Asociación Mapuche y la "Coordinadora de Defensa de los Derechos de los Lafkenche" (mapuche de la costa), que han logrado establecer alianzas con el Alcalde mapuche de la comuna. Las dificultades han emanado de que nada obliga al Estado a considerar la opinión de las organizaciones y el proceso se encuentra entrabado en determinar cuál es la verdadera injerencia que pueden tener las comunidades, a través de sus representantes en la gestión del Área. No existe, por lo mismo, un avance considerable en la ejecución de proyectos de desarrollo. Hasta ahora se han desarrollado proyectos de ONGs vinculadas al fortalecimiento de la sociedad civil indígena y un proyecto –en ejecución– de planificación territorial financiado por la agencia alemana GTZ, además del sondeo para designar esta zona como Área Ramsar, de protección de humedales y flora y fauna.

176. Más se podido avanzar en el diseño de un proyecto cogestionado de un ADI en el área "Atacama la Grande". Como en este caso se trata de un ADI que se ubica en un Área Silvestre Protegida (ASP), se constituyó en 1998 un Comité Directivo, que es dirigido por el Intendente de la Segunda Región y está integrado por los once representantes de los "pueblos" o comunidades atacameñas, además de representantes de los servicios públicos. De esta coordinación surgió un estudio de línea de base o diagnóstico efectuado en 1999, que arrojó un instrumento útil para generar acciones destinadas la desarrollo de las 11 comunidades atacameñas constituidas en el Área, que representa una población indígena total de unos 2500 indígenas, constituyendo el 95 % de la población total del ADI. El estudio arrojó también unos focos estratégicos definidos por las propias comunidades (conformados sobre la base de localidades o ayllus), que se relacionan entre sí, cuyo objetivo es potenciar el valor simbólico de la tierra y el agua. Dicho objetivo se logra mediante el fortalecimiento de las organizaciones indígenas, la conservación y desarrollo del patrimonio cultural del Área, y la potenciación de ciertas áreas productivas como el turismo, la artesanía, la pequeña minería y la agricultura, con una perspectiva comunitaria e indígena¹⁰⁹.

177. Diferente ha sido la suerte de los mapuche pewenche que habitan en ASP en la Octava y Novena región. Ya se ha señalado el caso del ADI de Alto Bío Bío, dentro del cual existe una Reserva Forestal y en la comuna Lonquimay y Volcán Villarrica, donde las comunidades han intentado acordar con el ejecutivo el uso y administración de los recursos del la ASP. En el caso de los pewenche, estos utilizan el piñón, fruto de la araucaria, madera seca y pastoreo en las zonas altas (veranadas) durante el verano, lo que le ha sido impedido por funcionarios públicos o guardias de CONAF.

¹⁰⁹ Documento "Línea de Base Área de Desarrollo Atacama la Grande", CONADI.

178. La falta de formas representativas adecuadas y de influencia de los indígenas en las decisiones del gobierno, se manifiestan también en la ejecución del “Proyecto Orígenes”, que ha marcado la agenda pública en relación con los indígenas en el último año, y en el cual las prioridades han sido decididas desde la administración del Proyecto. La inversión del mismo alcanza a los 133,4 millones de dólares, a realizarse en dos fases, y es financiado parcialmente (US\$ 80 millones) por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Su objetivo general es “mejorar las condiciones de vida y promover el desarrollo con identidad de los pueblos aymara, atacameño y mapuche en el área rural, en los ámbitos económico, social, cultural, ambiental y jurídico”¹¹⁰. Las áreas de inversión ya se encuentran predefinidas, y corresponden a: i) fortalecimiento de las comunidades indígenas y de las instituciones públicas, ii) desarrollo productivo, iii) un componente de educación y cultura y iv) salud intercultural. En la primera fase el proyecto pretende beneficiar a más de 600 comunidades (aproximadamente 12 mil familias), y se pretende canalizar principalmente a través de las ADIS.

179. La discusión por el tema de la participación ha estado presente durante la ejecución de este proyecto. La administración del Programa tiene tres niveles, nacional, a cargo del Comité de Coordinación (CC); zonal, a cargo de las Unidades Ejecutoras Zonales (UEZ); y comunitario. Si bien el CC, y todos los niveles tienen conformación mixta (integración de indígenas), en general, los indígenas siempre son minorías o no tienen demasiada injerencia en las definiciones de ejecución del Programa, ni en la orientación de la inversión.¹¹¹ De acuerdo a la descripción del proyecto, los indígenas no tienen la posibilidad de influir en las decisiones relevantes del proyecto, pues su participación está restringida a los órganos consultivos del proyecto. Tampoco pueden ejercer el derecho a escoger “sus propias prioridades de desarrollo”, sino que se encuentran constreñidos –en su escenario de pobreza- a aceptar los lineamientos prefijados del proyecto.

180. La ejecución del este Proyecto ha generado conflictos en su fase de implementación, debido entre otros aspectos, a la creación de falsas expectativas en los indígenas acerca del aporte económico efectivo que el mismo significará para cada comunidad, así como a la escasa amplitud de la oferta de líneas de inversión que tienen las comunidades para escoger.

181. Durante el año 2000 se generó una propuesta conjunta con la Embajada de Canadá para implementar el proyecto “Bosque Modelo” en espacio mapuche pewenche, comuna de Lonquimay, y mapuche williche, en Chiloé. El proyecto tiene por objeto generar un proceso de co-manejo de los bosques en zonas indígenas a través de instancias mixtas de administración. Hasta ahora no existen resultados de este proyecto, pues se ha dificultado la generación de los entes administrativos o consejos.

d) La ley dispone que las organizaciones indígenas deben ser oídas y considerada su opinión por los servicios de la administración del Estado

182. La ley dispone que las organizaciones indígenas deben ser oídas y considerada su opinión por los servicios de la administración del Estado, cuando traten materias que tengan injerencia o

¹¹⁰ “Programa de Desarrollo Integral de Comunidades Indígenas”, I Fase, Reglamento Operativo, p. 1.

¹¹¹ El CC está integrado, por ejemplo, por los consejeros de CONADI mapuche, atacameño y aymara, pero la administración y coordinación del Programa está a cargo de un Secretario Ejecutivo (SE) designado por el Ministro/a del MIDEPLAN, y el CC (que preside el Ministro) no tiene más que funciones de recomendación y observación de la labor del SE. La UEZ está conformada por un Coordinador, y un equipo técnico y promotores. Además, en cada zona, existirá también un Comité Zonal (COZ), que coordina y aprueba las propuestas del Coordinador de la UEZ. En los COZ, los representantes indígenas son minoría, ya que además se incluyen aquí el Coordinador, y representantes de los diversos servicios públicos (SERPLAC, CONADI, INDAP, MINSAL, MINEDUC, SERNAM, Director/a del COREMA, Gobernadores).

relación con cuestiones indígenas (art. 34), mecanismo que es similar a la consulta considerada por el Convenio 169.

183. En la práctica, por regla general las opiniones de los indígenas no han sido consideradas por la autoridad al momento de tomar sus decisiones. El desconocimiento de las autoridades y funcionarios de esta normativa, y la falta de una reglamentación en cuanto al procedimiento para escuchar las opiniones, han obstaculizado la efectividad de esta norma. Esto se ha hecho patente en el caso de los conflictos que se han generado por la ejecución de grandes proyectos de inversión, apoyados o realizados por el Estado. En el caso de Ralco, por ejemplo, las comunidades afectadas por la inundación (Quepuca Ralco y Ralco Lepoy) en el año 1996 le dirigen una carta la entonces directora de la Corporación Nacional del Medio Ambiente CONAMA, manifestando su disconformidad con la construcción de una segunda central. La carta, que era suscrita por los logkos (jefes de comunidad) y unas cincuenta personas, no fue tenida en cuenta para seguir adelante con el proceso de certificación ambiental. Más tarde, los pewenche opondrán un recurso de protección en contra de la concesión provisoria de la obra, por no haberse dado cumplimiento a la obligación de escuchar a las comunidades. La Corte Suprema señaló que era suficiente comunicación para este efecto la publicación del decreto en el Diario Oficial y que el período que se otorga para oponerse era suficiente emplazamiento.

184. Lo mismo ha acontecido con la construcción del baipás de Temuco, tramo de la ruta 5 sur, donde ya desde 1996 las comunidades organizadas en torno al “Comité de Defensa por la Construcción del By Pass” habían manifestado su oposición al proyecto, o en el de la Carretera de la costa, tanto en el tramo de la Isla Huapi, como en la cercanías de San Juan de la Costa. En todos estos casos, el Ministerio de Obras Públicas ha ignorado la opinión contraria a la obra de las organizaciones, aceptando una negociación sólo en términos de indemnización o de medidas de mitigación, valiéndose de nuevos referentes en las comunidades con las actuales establecen una negociación en ese sentido y legitiman su accionar. Otro caso es el de la instalación de vertederos en la Novena Región, donde algunas comunidades han suscrito incluso compromisos con la autoridad local, los que no han sido cumplidos.

185. Una experiencia sectorial en este sentido se ha producido en el año 2002 en la Novena Región, donde el Gobierno Regional ha generado una mesa de discusión y reflexión acerca del problema que tienen las comunidades indígenas especialmente del sector de Galvarino, Lumaco y Purén, producto del agotamiento de los cursos de aguas por presencia de plantaciones exóticas, inscripciones de derechos de agua, razones meteorológicas, etc. Se trata de una instancia bipartita, en que participan el gobierno regional representado por los encargados o técnicos de los servicios involucrados, y las organizaciones territoriales, asesoradas por sus propios profesionales.

e) Creación de instancias de diálogo a nivel global o nacional.

186. Creación de instancias de diálogo a nivel global o nacional. En mayo de 1999 se creó la Comisión Asesora en Temas de Desarrollo Indígena que coordinó los “Diálogos Comunales Mapuche”, realizados en la Octava y Novena regiones y que culminaron con la simbólica firma de un “Pacto por el Respeto Ciudadano”. Por este proceso se cuantificó una serie de demandas locales como la reprogramación de deudas con el Estado, compra de predios, proyectos de riego, subsidio, vivienda, becas indígenas, construcción de caminos y postas. No obstante tratarse cuantitativamente de un esfuerzo relevante por el número de personas que participaron, no se realizó una consulta que diera cuenta de una demanda global de los mapuche, por cuanto se fragmentó la consulta en micro organizaciones; no se estableció un criterio adecuado de representatividad de los participantes; se careció de una metodología objetiva de consulta, al ser invitadas las personas con solo uno o días de anticipación, y no se trataron temas globales y temáticos, sino que sólo locales y económicos.

187. En el 2000, el Gobierno del Presidente Lagos crea el Grupo de Trabajo para los Pueblos Indígenas, que debía generar un conjunto de recomendaciones para asegurar el desarrollo de los indígenas en Chile, sentando las bases para un nuevo trato entre pueblos indígenas y Estado. El Grupo de Trabajo estuvo conformado por representantes de diversos sectores sociales: indígenas, empresarios, iglesias católica y evangélica y servicios públicos. Al igual que en los Diálogos comunales, el Informe del Grupo de Trabajo estuvo centrado en dar “soluciones específicas a las demandas”. En todo caso, al interior del grupo se planteó la necesidad de reformar el marco jurídico de la relación Estado-Pueblos Indígenas a través de una reforma constitucional que reconociera los derechos colectivos de los pueblos y de la ratificación del Convenio 169; esta propuesta fue apoyada por los indígenas y el gobierno, siendo rechazada por los representantes de la agrupación gremial de los empresarios.

188. Este nuevo ensayo de diálogo adoleció de similares errores que los anteriores, pues discutían en esta mesa una serie de actores sociales definiendo el futuro de los pueblos indígenas, en condiciones de desigualdad y sin garantía de que ello condujera a cambios concretos (y, efectivamente, en la práctica no los ha habido).

189. En el 2001, el gobierno intenta una nueva fórmula, la “Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato”, cuya presidencia se le encarga a Patricio Aylwin. La fórmula de esta nueva instancia se basa en la idea propuesta por la Identidad Territorial Lafkenche¹¹² en 1997, donde propone una mesa entre indígenas y Estado para dar cuenta de la relación interétnica en Chile, así como de las violaciones a los derechos humanos a los mapuche durante la época de la ocupación de la Araucanía y su posterior radicación (1866-1930). Además, estaba la idea de incorporar una negociación para establecer una relación basada en el reconocimiento de la libre determinación del pueblo mapuche, bajo la forma de autonomía. Sin embargo, el gobierno transforma esa propuesta y diseña una nueva versión del “diálogo interétnico” que tendrá esta vez como actores a los indígenas, empresarios, políticos e intelectuales, y se forman a su vez subcomisiones específicas por pueblos indígenas y por temática (jurídica, económica y social, historia, etc.). Pese a que nuevamente se intenta hacer una mesa que logre provocar un consenso social en cuanto al tema, la discusión ahora se centra en otros aspectos: dar cuenta de la relación interétnica desde una perspectiva histórica, y generar una nueva relación, fundada en el diálogo igualitario. Para ello, en la carta de convocatoria que escribe Patricio Aylwin a los participantes, se señala expresamente que uno de los aspectos a discutir es el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Aunque actualmente esta comisión está integrada por líderes de todos los pueblos¹¹³ no ha registrado avances demasiado relevantes, y las propuestas presentadas por las organizaciones son las mismas que ya han sido planteadas en todas las instancias de diálogo, así como en los servicios públicos respectivos. Por otra parte, nada indica que esas propuestas sean ratificadas por todas las partes de la Comisión, ni que (aún en ese caso) ellas sean acogidas por los todos órganos del Estado, especialmente para el caso de reformas legales y constitucionales.

190. En términos generales, y pese a que la situación es sustancialmente diferente a la del período dictatorial, los indígenas no tienen influencia en el contexto de las políticas y acciones del Estado, lo que impide superar la situación de empobrecimiento y generar condiciones de igualdad. El Estado no ha respetado las instancias propias de representación, que además son difusas dentro de los distintos grupos (producto de la aculturación y el mestizaje cultural), y genera diálogos en el nivel local en términos desiguales y que no son consistentes al carecer de efectos en el nivel nacional y global. Los diálogos que se generan, aparecen más como intentos de legitimar políticas públicas de integración y

¹¹² Organización mapuche que aglutina comunidades indígenas de las comunas de Cañete, Contulmo y Tirúa, en la Octava Región.

¹¹³ Se han marginado organizaciones e instituciones mapuche como el Consejo de Todas las Tierras y la Identidad Territorial Lafkenche.

protección que como formas de resolver conflictos interétnicos que permitan que los indígenas avancen en su propio desarrollo, definido por ellos mismos, produciéndose una situación de trato discriminatorio para los indígenas.

- Discriminación de los indígenas en el ejercicio de sus derechos políticos.

191. Un comentario cabe hacer finalmente sobre la situación de discriminación que afecta a los indígenas del país en el ejercicio de derechos políticos.

192. Como hemos visto, a diferencia de lo ocurrido en otros países de América, donde se reconoce a los indígenas el derecho a ejercer funciones de gobierno y de justicia, la legislación en Chile, fuera de considerar la representación indígena en CONADI y de establecer como una función de esta entidad el impulsar la participación indígena en la vida nacional (art. 39), no garantiza estos derechos de un modo adecuado.

193. Lo anterior ha significado que los indígenas en Chile deban acceder a funciones de representación pública a través de los mecanismos establecidos para todos los ciudadanos. Las múltiples dificultades de orden económico, social y cultural que deben enfrentar los indígenas para ser electos en cargos de representación pública, han obstaculizado de un modo preocupante la presencia de indígenas en las instancias donde se toman decisiones que afectan sus vidas, como el Congreso Nacional y los municipios.

194. En efecto, en el Congreso Nacional no hay a la fecha ningún parlamentario indígena. Ello a pesar de las numerosas personas indígenas, en especial mapuche, que se presentaron como candidatos en los distritos electorales de alta densidad de población indígena.¹¹⁴ Cabe señalar como una excepción la integración de la Cámara de Diputados, entre los años 1989 y 2001, de un parlamentario mapuche electo en la Región de La Araucanía. Su participación en defensa de los derechos de su pueblo fue destacada.¹¹⁵

195. En los municipios existentes en áreas indígenas la situación es un poco, aunque no del todo, distinta. Los municipios, en atención a sus múltiples atribuciones y a los recursos de que disponen, aparecen como espacios privilegiados para incidir en la vida de las comunidades indígenas. Es por ello que a contar de la democratización política del país, en 1989 han despertado el interés de los mapuche de participar en ellos ya sea como alcaldes o integrantes de los concejos municipales. En la Región de La Araucanía, por ejemplo, que cuenta con un 26 % de población mapuche, se han presentado un promedio superior a los 50 candidatos mapuche en los tres procesos electorarios municipales hasta ahora verificados post dictadura (1992, 1996, 2000). Los porcentajes de elección de tales candidatos, sin embargo han sido bajos (5 candidatos mapuche electos en 1992, 17 en 1996 y 15 en el 2000). Sólo dos de ellos fueron electos como alcaldes. Un tercer alcalde mapuche fue electo en una comuna aledaña en la Región del Bío Bío (ver Cuadro 3). Ello contrasta significativamente con los porcentajes de población mapuche existentes en esta región, los que en 13 municipios en ella ubicados son superiores al 30% de la población total y en 3 municipios superiores al 50% de la población total (INE, 1992). (Sánchez, *Derechos políticos*, 2002)

196. Los factores que dificultan la participación indígena en estas instancias de representación son múltiples. Por un lado están las limitantes de tipo económico, que hacen prácticamente imposible

¹¹⁴ No menos de cinco mapuche se presentaron en cada oportunidad como candidatos en las elecciones a Diputados en la Región de La Araucanía en las elecciones de 1989, 1993, 1997, 2001. Un número similar de candidatos mapuche se presentaron a las elecciones de senador en los mismos años (Sánchez, *Derechos políticos*, 2002 en www.derechosindigenas.cl)

¹¹⁵ Diputado Francisco Huenchumilla, electo por un partido de la Concertación, que es la coalición gobernante.

para candidatos mapuche financiar las costosas campañas electorales que se requieren para estos efectos. Por otro lado, el sistema electoral binominal vigente dificulta seriamente las candidaturas independientes, en beneficio de los dos grandes bloques políticos hoy dominantes, gobierno y oposición. Al respecto, es importante señalar que, no obstante la creciente reafirmación del carácter autónomo de los mapuche frente a los partidos políticos chilenos, ellos deben afiliarse a dichos partidos en los procesos electorarios para tener alguna posibilidad de ser electos como parlamentarios o concejales o alcaldes. Finalmente, también hay que considerar la existencia de una cultura discriminatoria en contra de los candidatos mapuche, la que no sólo es perceptible en el voto de la población no indígena, sino también en el de la propia población mapuche, que a causa de la escasa valoración que tiene de sus hermanos, no les otorga su preferencia en los procesos electorarios. (Sánchez, 2002)

197. La ausencia de los indígenas en cargos de elección popular en las instancias en que se toman decisiones que les afectan, constituye, sin duda, una situación discriminatoria que afecta al ejercicio de sus derechos políticos. A fin de evitar esta abierta discriminación, Francisco Huenchumilla, quien hasta comienzos de 2002 fuera Diputado mapuche por La Araucanía, presentó en 1999 un proyecto de reforma constitucional orientado a asegurar la participación indígena en forma proporcional a su población, en los órganos de elección popular, incluyendo el parlamento, los gobiernos regionales y comunales. Lamentablemente dicha propuesta no ha sido aprobada hasta la fecha por el Congreso.

198. La ausencia de indígenas en general y de mapuche en particular, es también perceptible en la administración pública. Ello en especial en los cargos de más alta jerarquía como ministerios, jefes de servicio, encargados de gobiernos regionales o provinciales, en los que casi no hay personas indígenas que las ejerzan. Entre las excepciones que conocemos cabe mencionar las del recientemente designado Coordinador de Política Indígena, el Subsecretario de MIDEPLAN Jaime Andrade Huenchucó, y el Director Nacional de CONADI, Aroldo Cayún.

199. Aún cuando no hay estudios específicos sobre la materia, tampoco es perceptible la presencia indígena en el poder judicial, ya sea en los cargos de magistrados, como en los cargos auxiliares o administrativos. Ello es de particular gravedad en una región como La Araucanía, en que el poder judicial debe atender a una importante cantidad de casos que involucran a personas mapuche como veíamos al analizar la reforma procesal penal.

2. DERECHO A LA TIERRA

Marco Normativo ley 19.253 de 1993.

200. En materia de tierras, la ley del año 1993 intentó poner término al proceso divisorio de las comunidades reduccionales mapuche impulsado a contar de la década de 1920, con graves consecuencias - desposeimiento, migración, pobreza - para quienes las integraban. Pretendió, además, posibilitar el reconocimiento de los derechos que los indígenas tienen sobre las tierras que históricamente han ocupado y poseen, así como protegerlas, impidiendo que sean enajenadas y traspasadas a no indígenas como había ocurrido en el pasado. Finalmente, abrió posibilidades para la ampliación de las tierras de los indígenas, las que a la época eran claramente insuficientes para garantizar la subsistencia cultural y material de las comunidades, abriéndose a modalidades de mercado (adquisición de predios vía subsidio o en casos de conflicto) y al traspaso de tierras fiscales para estos efectos.

201. La Ley 19.253 en materia de tierras (y aguas) dispone:

- Reconoce que para las denominadas etnias indígenas, la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura, y establece entre uno de los deberes del estado y la sociedad en general proteger las

tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (art.1);

- Identifica las tierras indígenas, incorporando en esta categoría las que provienen de toda clase de títulos emanados del Estado, aquellas que por ocupación histórica sean inscritas a futuro en el registro de tierras creado por la ley, las que sean declaradas a futuro como pertenecientes a comunidades indígenas, y las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito del estado (art. 12);

- Otorga protección jurídica a dichas tierras indígenas, que pueden ser de propiedad individual o colectiva, al disponer que estarán exentas del pago de contribuciones. La ley establece además que, "por exigirlo el interés nacional", las tierras indígenas no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia (art.13). Tampoco podrán ser arrendadas en el caso de las tierras de comunidades, y sólo por un plazo no superior a cinco años en el caso de las tierras de propiedad individual. Además, sólo podrán permutarse por tierras de no indígenas de similar valor, con la autorización de la CONADI, las que se considerarán tierras indígenas.

202. La CONADI abrirá y mantendrá un registro de tierras indígenas, en el que se inscribirán las tierras de que trata el artículo 12 (art. 15). En cuanto a la división de las tierras comunitarias provenientes de títulos de merced, la ley establece que se requerirá de solicitud formal al juez competente de la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios en ella (art. 16), y que las tierras resultantes de la división de comunidades, serán indivisibles, aún en el caso de sucesión por causa de muerte (art. 17);

- Establece como mecanismo para proveer la ampliación de las tierras indígenas el Fondo de Tierras y Aguas. En lo sustancial, establece dicho Fondo, el que será administrado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena CONADI, con el objeto de: a) otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas y comunidades indígenas cuando la superficie de que dispongan sea insuficiente; b) financiar mecanismos que permitan la solución de problemas de tierras, en especial con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales que recaigan sobre tierras indígenas; y c) financiar la constitución, regularización o compra de derechos de agua o financiar obras destinadas a obtener este recurso (art. 20). Los recursos de este Fondo estarán compuestos por aquellos que anualmente disponga la ley de presupuesto con este objeto, además de aquellos provenientes de la cooperación internacional, aportes de particulares, organismos públicos y privados, devoluciones contempladas en el artículo 22 de esta ley, las rentas que devenguen los bienes del estado, así como por las tierras, predios o propiedades que reciba del estado (art. 21). Las tierras no indígenas y aguas adquiridas con este fondo, no podrán ser enajenadas a por 25 años desde su inscripción (art. 23);

Limitaciones De La Normativa Legal.

203. La normativa relativa al derecho a la tierra en la Ley 19.253 de 1993 es muy insuficiente si se la compara con aquella contenida en el Convenio 169 de la OIT , y con la legislación que sobre la materia existe en America Latina y el mundo.

204. Así, el concepto de territorialidad indígena, que se encontraba tímidamente incorporado en el proyecto de ley indígena a través de la figura de las áreas de desarrollo indígena (ADI), no fue incluido en la ley aprobada debido a los temores de fragmentación del estado de los sectores más conservadores del Congreso Nacional. Así, la ley indígena aprobada por el Congreso modificó en sus artículos 26 y 27, la redacción del artículo 24 del proyecto de ley en que se establecía que las áreas de desarrollo indígenas eran "áreas inseparables con su existencia y desarrollo" y otorgaba a CONADI la facultad de señalar criterios de planes, programas y proyectos a realizarse en ellas, así como expresar su opinión desfavorable a tales proyectos.

205. El derecho de los indígenas a no ser trasladados de sus tierras, y a ser consultados antes de que dicho traslado excepcionalmente se verificara, tampoco fue respetado al eliminarse en el Congreso el artículo 25 del proyecto que lo establecía. Finalmente, los derechos de los indígenas sobre sus recursos naturales no fueron reconocidos al eliminarse en el Congreso la disposición (art. 18 proyecto) que establecía que los titulares de tierras indígenas, en igualdad de condiciones con otros interesados, tendrían derechos preferentes para la constitución de derechos de agua, mineros y de aprovechamiento y manejo de recursos forestales, uso de riberas, en tierras indígenas y aguas colindantes.

- Política Pública.

206. Ha correspondido a CONADI, a través de su Departamento de Tierras y Aguas, impulsar las acciones destinadas a dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley 19.253 sobre protección y ampliación de tierras.

207. En materia de ampliación de tierras, política a la que hace referencia en Gobierno en su respuesta a la denuncia en el caso Ralco, las acciones de CONADI se han centrado en el traspaso de tierras fiscales a indígenas, la adquisición de predios en conflicto y en el programa de subsidio de tierras para individuos y comunidades indígenas.¹¹⁶

208. De acuerdo a los antecedentes adjuntos a la respuesta del Gobierno de Chile en este caso, durante el periodo comprendido entre el año 1994 y el año 2002, correspondiente a los gobiernos de la coalición del actual gobierno (Concertación de Partidos por la Democracia) se habrían transferido a indígenas un total de 254.988 has. de tierras, beneficiando a un total de 10.682. De ellas, la mayor parte, 198.340 has. habría sido transferida a indígenas a través del programa de traspaso de tierras fiscales, el que habría beneficiado a 5.597 familias. Las tierras restantes habrían sido transferidas a indígenas a través de otros dos programas, el de adquisición de tierras en conflicto del art. 20 letra b de la ley indígena (44.078 has. beneficiando a 4.050 familias) y el de subsidios para la adquisición de tierras de la letra a del mismo artículo (12.570 has. beneficiando a 1.035 familias).

Análisis Crítico

209. La acción desarrollada por CONADI y otros entes públicos desde 1993 a objeto de ampliar la cabida de las tierras indígenas, actualmente muy reducidas, debe ser valorada. En el caso de los mapuche, que por razones históricas y demográficas constituyen los principales destinatarios de la política de tierras de CONADI, dicha acción habría permitido regularizar la tenencia así como incrementar la cabida de las tierras que les fueran reconocidas por el estado luego de la ocupación de su territorio ancestral a fines del siglo XIX, beneficiando a un número importante de familias mapuche.

210. Las múltiples deficiencias de la política pública en esta materia, sin embargo, deben ser subrayadas. Los recursos destinados por el estado al Fondo de Tierras y Aguas de CONADI a objeto de posibilitar la adquisición de tierras indígenas a través del mercado han sido insuficientes en relación con las necesidades y demandas de tierras existentes, en especial, en el área mapuche. En efecto, aún cuando el presupuesto de dicho Fondo se habría incrementado en casi cuatro veces en los últimos años, los recursos existentes sólo han permitido adquirir a través del mercado una cantidad inferior a 60 mil has.

¹¹⁶ El reglamento No. 395 de 24 de noviembre de 1994 establece los criterios y procedimientos para la operatoria del subsidio. Dicho subsidio, al cual pueden postular todas las personas y comunidades indígenas, es entendido como un aporte estatal directo otorgado a los beneficiarios. Entre los criterios para su asignación destacan el ahorro previo del postulante, su situación económica social y el grupo familiar. La adquisición de los predios en conflicto se hace por el Consejo Nacional de CONADI en base a criterios establecidos en el mismo reglamento.

de tierra en el mismo período, cifra muy insuficiente para satisfacer las necesidades de tierra de los mapuche.

211. Dicha situación resulta preocupante al constatar el incremento verificado en los últimos años en el valor de mercado de las tierras adquiridas por CONADI, a través del Fondo de Tierras. De acuerdo con antecedentes de la propia CONADI, el valor de la hectárea de tierra adquirida en el mercado por esta entidad en la Región de La Araucanía entre 1994 y 1998 se habría triplicado (CONADI, 1999). Para el año 2000 el valor de una hectárea pagado por CONADI en la misma región habría subido en casi siete veces en relación a 1994, según antecedentes del Departamento de Tierras y Aguas de esta entidad.¹¹⁷

212. Por otro lado, se suele argumentar que las tierras fiscales “transferidas a indígenas” vienen a ampliar la superficie de tierras indígenas. En verdad, muchas de las tierras que tienen esta categoría son tierras ancestrales de los pueblos indígenas, muchas veces poseídas por ellos en la actualidad, cuya propiedad y posesión no había sido reconocido y regularizada a la fecha. Mas que tratarse entonces de tierras que incrementen el patrimonio de los indígenas, son tierras ancestrales indígenas reconocidas a sus comunidades.

213. En relación a las tierras adquiridas por el Estado para indígenas, uno de los problemas detectados dice relación con su mala calidad, dado que muchas carecen de potencial productivo, tienen problemas topográficos, de calidad de suelos o de deslindes. Otras limitaciones de esta política dicen relación con la falta de apoyo técnico y productivo para las familias beneficiadas con su adquisición, situación que denota una falta de coordinación entre el Fondo de Tierras y Fondo de Desarrollo Indígena de CONADI, así como con la arbitrariedad y falta de transparencia en las adquisiciones de tierras, muchas de las cuales han estado relacionadas con la capacidad de presión de las organizaciones indígenas más que con las necesidades reales que tienen quienes las componen de acceder a la tierra. (CONADI, 1999).

214. Esta situación reviste la mayor gravedad, puesto que luego de varios años de implementación, ha quedado en evidencia que el traspaso o adquisición de tierras para indígenas no asegura, por sí solo, sin el acompañamiento de programas de desarrollo productivo, la solución de los problemas de marginalidad y pobreza que afectan a quienes constituyen los beneficiarios de esta política pública.

215. Los múltiples problemas detectados en la política de tierras de CONADI en territorio mapuche, han llevado al Coordinador de Política Indígena, el Subsecretario de MIDEPLAN Jaime Andrade, a anunciar en el 2002 la reforma de esta política. Consideramos que ésta constituye una oportunidad para abordar y superar dichos problemas.

216. Cabe subrayar, además, la evidente contradicción existente entre la política de ampliación de las tierras indígenas impulsada por el Gobierno y la vulneración de la protección establecida en el artículo 13 de la ley 19.253 de 1993 para las tierras indígenas (inalienabilidad, inembargabilidad, etc.) en virtud de diversos proyectos de inversión públicos y privados, tales como centrales hidroeléctricas, carreteras, proyectos forestales, etc. que se desarrollan en sus territorios. Muchas de estas iniciativas han sido impulsados en los últimos años con el apoyo del Gobierno chileno, aún en contra de la voluntad de los indígenas, resultando en su desplazamiento hacia las ciudades o relocalización hacia otras tierras.

¹¹⁷ El valor de la ha. adquirida por el Fondo de Tierras y Aguas habría subido de \$228.183 en 1994 a \$ 706.545 en 1998. (CONADI, 1999). Para el año 2000, se estaba pagando por la misma ha. \$ 1.4 millones (entrevista a representantes de Dept. de Tierras y Aguas, CONADI, Temuco, enero 2001).

217. Es el caso de las inversiones forestales realizadas en las últimas décadas con el apoyo del Estado en tierras reclamadas por los mapuche y/o en tierras aledañas.¹¹⁸ Se estima que las empresas forestales tanto nacionales como extranjeras poseen hoy alrededor de 1.5 millones de has. entre las regiones del Bio-Bío y Los Lagos, esto es tres veces el territorio reconocido por el Estado a los mapuche (Venegas, 1999). Dada la naturaleza de la actividad forestal, la que no requiere de la contratación de gran cantidad de mano de obra para su desarrollo, los impactos económicos, sociales, culturales que dichas empresas han provocado en comunidades mapuche son significativos. Ello además de los impactos ambientales (perdida de biodiversidad, erosión, desecamiento de aguas, entre otros) que la substitución de bosques naturales por plantaciones de especies exóticas de rápido crecimiento (*Pinus radiata* y *Eucaliptus globulus*) ha provocado en las tierras indígenas. No es de extrañar que sea esta actividad la que mayor resistencia ha provocado en las organizaciones mapuche, las que en los últimos años han venido demandando, tanto a través de planteamientos públicos,¹¹⁹ como a través de acciones directas –tales como ocupaciones de predios forestales, bloqueo de caminos, etc.– el retiro de tales empresas de su territorio ancestral.

218. Vinculado a lo anterior, en los últimos años se ha producido un proceso de apropiación por no indígenas de recursos mineros, aguas, recursos pesqueros y otros recursos naturales que se encuentran en tierras indígenas o en tierras o aguas colindantes a ellas. (Toledo, 1997, p. 42). La apropiación por no indígenas de estos recursos naturales se encuentra amparada por la Constitución Política de 1980, y otros cuerpos jurídicos tales como el Código de Aguas, el Código Minero y la Ley de Pesca.

219. Los problemas y limitaciones de la política de tierras indígenas antes reseñados son graves si se consideran los niveles de pobreza en que hoy se encuentra la población indígena en general, y la población indígena rural en particular. Los resultados de dos encuestas oficiales de caracterización socio económica nacional (CASEN) realizadas en 1996 y 2000, respectivamente, dan cuenta de la situación de desmedro en que se encuentra la población indígena en general y mapuche en particular, en relación con la población no indígena del país en esta materia. En efecto, de acuerdo con la encuesta CASEN de 1996, el 35.6 por ciento de la población indígena en Chile vivía en condición de pobreza (25 por ciento de pobres no indigentes y 10.6 por ciento de indigentes). Tales niveles de pobreza contrastaban con los de la población no indígena, que según la misma encuesta, sólo alcanzaban al 22.7 por ciento del total. Los niveles de pobreza en la población mapuche en la Región del Bío Bío alcanzaban al 52,3 por ciento, y en La Araucanía alcanzaban al 41.3 por ciento. Ello en contraste con el 33.3 por ciento de pobres no indígenas en el Bío Bío y con el 34.3 por ciento de pobres no indígenas en la Araucanía. La misma encuesta demuestra que los niveles de empleo, remuneración, acceso a educación, salud, agua potable, entre otros, eran, en todos los casos, inferiores para la población indígena que para la población no indígena del país. (CASEN, 1996).

220. De acuerdo con los resultados de la encuesta CASEN 2000, la pobreza mayor relativa de los indígenas en comparación con los no indígenas se mantuvo (32.2 por ciento en contraste con el 20.09 por ciento en los no indígenas).

221. La misma encuesta demuestra que los niveles de empleo, remuneración, acceso a educación, salud, agua potable, entre otros, eran, en todos los casos, inferiores para la población indígena que para la población no indígena del país.

¹¹⁸ La expansión forestal privada en territorio mapuche ha sido en gran medida posible gracias al subsidio del Estado a la forestación establecido en el Decreto Ley 701 de 1974. La vigencia de esta normativa fue renovada por 15 años más bajo la administración del Presidente Frei. Este Decreto Ley libera de impuestos y subsidia directamente las plantaciones forestales al devolver al propietario el 75 por ciento de su costo, además de los costos de manejo y administración.

¹¹⁹ Ver Congreso Nacional del Pueblo Mapuche, Temuco, Chile, noviembre 15-17 de 1997. Disponible en Internet en www.xs4all/~rehue

222. La situación de pobreza en comunidades indígenas rurales también ha sido constatada por diversos estudios. Un estudio realizado en comunidades mapuche rurales señala que, a consecuencia de la consolidación de un esquema productivo de subsistencia basado en el cultivo de productos agrícolas para el autoconsumo (trigo, papa, maíz, leguminosas, hortaliza y ganadería menor), se estima que el 72 por ciento de las familias que allí habitaban vive bajo la línea de pobreza (Bengoa, 2000, p. 346-347). Esta situación, junto a otros fenómenos, explica la continuidad de los procesos de migración mapuche experimentados a lo largo del Siglo XX, estimándose que el 80 por ciento de la población mapuche vive hoy en sectores urbanos (Censo de Población y Vivienda, 1992). La mantención de la migración se evidencia en la tendencia al envejecimiento y a la masculinización de la población residente en comunidades mapuche rurales.¹²⁰

223. Lo anterior, junto a los procesos de inversión públicos y privados en tierras de propiedad o reclamadas por mapuche, explica la situación de alta conflictividad hoy existente en el sur del país. Lamentablemente, no se vislumbra una pronta solución a un conflicto que involucra a una gran cantidad de comunidades rurales pertenecientes a este pueblo y a empresas nacionales o extranjeras y organismo públicos presentes en el área. Ello en razón de la falta de voluntad de los partidos de oposición para dar aprobación en el Congreso Nacional al proyecto de reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas, y en particular, al proyecto para la ratificación del Convenio 169 de la OIT,¹²¹ iniciativas cuya aprobación permitiría una mayor protección a los derechos de los indígenas sobre sus tierras y territorios, así como a su derecho a participar en la definición de su propio desarrollo.

3. TRATAMIENTO JUDICIAL DE LOS INDÍGENAS

224. A raíz de los conflictos generados entre los pueblos indígenas y el Estado, éste ha ejercido una reacción judicial, extendiendo el debate a los tribunales, lo que ha significado que los indígenas han sido sometidos a procesos criminales por distintos delitos, utilizándose particularmente en su contra las legislaciones utilizadas en el régimen militar para reprimir a los opositores (Ley de Seguridad del Estado y Ley Antiterrorista).

225. No se trata aquí de ignorar la comisión de delitos, por el sólo hecho de que sean cometidos en nombre de alguna reivindicación - por más justa que ella pueda parecer - ni de aplicar (al amparo del relativismo cultural) una valoración jurídica totalmente diferente a algunas personas por el sólo hecho de pertenecer a una etnia distinta. Pero sí resulta problemático que con en el tratamiento judicial del conflicto indígena se estigmatiza una demanda que es legítima desde la perspectiva de los derechos humanos.

226. La reacción judicial del Estado frente a las demandas de los indígenas presenta cerca de una década y se funda en el concepto de unidad nacional y seguridad del estado, entendiendo que aquellos que plantean una demanda de esta naturaleza son considerados peligrosos para la unidad del estado. En el año 1992, el Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, representado por el Intendente de la Novena Región, Fernando Chuecas, presentó una querrela en

¹²⁰ La edad promedio en comunidades mapuches rurales se habría elevado entre 1982 y 1995 de 28.9 a 35.5 años. El mismo estudio constata que la población femenina en las comunidades habría disminuido del 45 por ciento en 1982 al 38 por ciento en 1995, en tanto que la del hombre se habría elevado de 55 por ciento en 1982 a 62 por ciento en 1995 (Bengoa, 1997, 23-24). Este último fenómeno se debería a las posibilidades de empleo doméstico de las mujeres indígenas en áreas urbanas.

¹²¹ Esta última iniciativa, aún cuando fue aprobado el 2000 por la Cámara de Diputados, tiene pocas posibilidades de ser aprobada en el Senado debido al quórum de cuatro séptimos de diputados y senadores en ejercicio establecido para su aprobación por el Tribunal Constitucional en agosto de 2000.

contra de 140 mapuche, acusándolos del delito de usurpación y asociación ilícita. Los mapuche pretendían realizar manifestaciones de rechazo a la celebración de los 500 años de la llegada de los españoles a América, con la ocupación –que los indígenas describían como “tomas simbólicas”- de algunos predios que habían pertenecido a las comunidades. Esto fue interpretado por los órganos del Estado como un atentado al ordenamiento jurídico, en el sentido de constituir acciones tendientes a la violación del derecho de dominio sobre inmuebles, llevándolos a considerar al Consejo de Todas las Tierras (Aukiñ Wall Mapu Ngullam) como una organización constituida para la comisión de delitos. En este caso se dictó sentencia respecto de algunas personas que no habían sido formalmente acusadas. Alegándose la vulneración de varios derechos consagrados en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, se presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que se encuentra pendiente actualmente.¹²²

227. Durante el gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle, se interpusieron en cuatro ocasiones (tres de ellas en contra de mapuche) querellas basadas en la Ley de Seguridad del Estado¹²³. Además, se ha interpuesto una serie de querellas por parte de empresas forestales, y ya existen numerosos condenados por distintos delitos.

228. Tanto la Ley de Seguridad del Estado como la que sanciona conductas terroristas, se orientan a la persecución de hechos y grupos a los que se les atribuye el intento de desestabilizar al gobierno constitucional y/o provocar pánico en la población.

229. En diciembre de 1997, a petición formal de la Empresa Maderera Bosques Arauco S.A., el entonces Intendente de la Novena Región, Oscar Eltit, presenta un requerimiento por Ley de Seguridad del Estado en contra de los mapuche que resulten responsables de la quema parcial de dos camiones en el camino interior Lumaco-Purén y de otros hechos. En los días siguientes, 12 mapuche fueron detenidos acusados de participar en los hechos, siendo finalmente condenados cinco de ellos a una pena de presidio de tres años y un día.¹²⁴ La prueba determinante en este caso en cuanto la participación penal de los condenados en el hecho fue su propia confesión, ya que ninguno de ellos pudo ser reconocido por terceros, pues habrían actuado con los rostros cubiertos. Esta confesión, además, no parece haber sido judicial, pues ésta en definitiva no habría existido, ya que el ministro instructor Antonio Castro –según versión de los detenidos- en la realización de la diligencia, que se realizó en un recinto policial, se limitó a hostigarlos e increparles su eventual participación en el delito¹²⁵. Las demás pruebas (por ejemplo, informes periciales) no se referían a la participación, sino a la existencia del delito.

230. Actualmente se encuentran en trámite dos causas por delitos de Ley de Seguridad del Estado en contra de mapuche, tres por requerimiento de la Ley antiterrorista, y una serie de otras por delitos contra la propiedad. Durante los últimos cinco años, más de 30 mapuche han sido condenados por hechos vinculados al conflicto y alrededor de 100 aún tienen juicios pendientes¹²⁶. Muchos de ellos

¹²² Denuncia presentada por Aukan Huilcaman y el abogado Roberto Celedón.

¹²³ Esta ley reserva al Gobierno y otras autoridades estatales la posibilidad de interponer un requerimiento ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando se considere que se ha verificado alguna de las conductas tipificadas en la ley, muchas de las cuales están descritas en forma vaga. Este cuerpo legal posee ciertas características más propias de regímenes de excepción que de una situación de normalidad constitucional en un sistema democrático: muchas de las conductas que sanciona están descritas en forma vaga; dispone la aplicación de un procedimiento judicial propio de la justicia militar, que instruye un juez especial, el cual puede apreciar la prueba en conciencia, es decir, con mayor discrecionalidad que en la generalidad de los casos; restringe la posibilidad de impugnar la sentencia definitiva; etc.

¹²⁴ Expediente Rol N° 2/1997.

¹²⁵ Estos antecedentes se han obtenido de la información del expediente archivado en la Corte de Apelaciones de Temuco y de uno de los abogados que realizó la defensa de los condenados.

¹²⁶ Algunos de estos datos se han obtenido del sitio www.derechosindigenas.cl

(al menos 40) han sido encausados en tribunales militares, por eventuales delitos de lesiones u ofensa en contra de funcionarios policiales.

231. Los mapuche han denunciado además malos tratos por parte de Carabineros en el momento de la detención¹²⁷. Actualmente se tramitan ante la Fiscalía Militar de Temuco al menos tres denuncias por violencia innecesaria y tortura, como es el caso de un joven campesino mapuche de las cercanías de Temuco, que en diciembre de 1999 participó en movilizaciones y fue agredido en la detención practicada por Carabineros durante la madrugada en su domicilio, y luego en el recinto policial. El detenido acusa haber sido objeto de torturas tales como golpes propinados en distintas partes del cuerpo, así como de lo que se conoce comúnmente como “submarino seco” (introducir la cabeza del individuo en una bolsa hasta provocar su ahogo). Producto de la denuncia realizada por otros mapuche, el diputado Eugenio Tuma y el abogado de la Universidad Católica de Temuco Iván Díaz se hicieron presentes en la sede policial, por lo que los detenidos fueron puestos a disposición del Tribunal; tanto el parlamentario como el profesional pudieron apreciar huellas de golpes en el cuerpo del joven. Días después, una radiografía demostró que la persona había sufrido una fractura costal. Sin embargo, la causa fue sobreseída en primera instancia por la justicia militar y actualmente se encuentra en tramitación en la Corte Marcial¹²⁸

232. Otro caso de maltrato policial es el denunciado por una menor de edad tras haber sido agredida en enero de 2001 con disparos de balines efectuados por oficiales de Carabineros que regresaban de un operativo en un predio en la comuna de Galvarino. La víctima no se encontraba participando de los hechos perseguidos por la policía (estaba a más de 8 km.) y peritajes han demostrado que las municiones corresponden a las que usan las Fuerzas Especiales de Carabineros y que sólo algunos policías estaban facultados ese día para portar ese tipo de armas¹²⁹.

233. Algunos operativos han sido particularmente violentos, como en el caso de un desalojo en la comuna de Traiguén en el año 1998, cuando la policía utilizó unos 200 efectivos para una comunidad de no más de 30 personas, agrediendo a ancianos y niños, produciendo daños en una vivienda. En el año 2000, con motivo de un operativo en Ercilla, ingresaron a la comunidad efectivos fuertemente armados, con tanquetas y vehículos especiales.

234. El día 7 de noviembre de 2002, en horas de la tarde, un joven mapuche de 17 años, Alex Lemun, fue baleado en las inmediaciones de la comunidad donde vive, cuando aparentemente participaba en una movilización en un fundo forestal, en la comuna de Ercilla, Novena Región. Días después, la Fiscalía del Ministerio Público designa un Fiscal especial para que investigue el caso. Cuatro días después de la agresión, el joven mapuche muere en un centro asistencial de Temuco producto del impacto de balín que recibió en la cabeza. El mismo día se realiza la autopsia y se le extrae el balín que resultó ser metálico y al que el Fiscal ordenó hacer un peritaje balístico para determinar el tipo de arma desde la que se pudo efectuar el disparo.

235. En los días siguientes se produjeron una serie de movilizaciones de organizaciones mapuche y se realizaron una serie de ataques a propiedades y el incendio de una escuela pública rural. El día 14 de noviembre se realizan los funerales de Alex Lemun en Pidima, Novena Región, a la cual asisten más de 400 personas, entre ellas dirigentes y alcaldes mapuche de distintas zonas del país.

¹²⁷ Esta situación ha sido ratificada por abogados que han asistido a los mapuche en las primeras diligencias, y por afirmaciones de los propios detenidos; en cambio, judicial o administrativamente, son muy escasos los casos en que se ha podido demostrar este abuso.

¹²⁸ Antecedentes que obran en el expediente y obtenidos también a través del abogado denunciante.

¹²⁹ Antecedentes que obran en el expediente tramitado en la fiscalía militar de Temuco y obtenidos de entrevista con el abogado denunciante.

236. Dos semanas después del incidente, la Fiscal Regional de la Araucanía, en conferencia de prensa, declara que de la investigación realizada hasta ese momento, incluyendo el peritaje balístico, se concluía que existía la posibilidad que el autor del disparo fuera un funcionario de Carabineros, sin excluir otra hipótesis. Por lo anterior señala que el Ministerio Público es incompetente para conocer de este hecho, por lo que remitirá los antecedentes a la Fiscalía Militar respectiva para que inicie una investigación. El mismo día el General Director de Carabineros reconoció públicamente – contradiciendo a la Fiscal y a declaraciones previas de otros oficiales policiales- que era efectivo que un Carabiniero había disparado a Alex Lemún, provocándole la muerte, pero que el disparo se había efectuado en defensa propia. Hasta ahora, los tribunales militares no han avanzado en su investigación, y no existe ninguna información acerca del autor de los disparos.

237. Ahora bien, en el contexto de la reforma procesal penal, vigente en la novena región desde el 16 de diciembre de 2000, aunque no se han ventilado aún muchos casos que se relacionen con el conflicto, según la opinión de dos abogados de la Defensoría Penal Pública Regional¹³⁰, en general, el tratamiento de los mapuche no es diferente al resto de los imputados, sino sólo cuando de trata de casos vinculados al conflicto indígena, recibiendo en algunos de estos últimos casos un trato discriminatorio. De acuerdo a lo señalado por los defensores entrevistados, los fiscales, en los casos vinculados al conflicto mapuche, formalizan la investigación de forma que involucre varios delitos (por hechos que podrían subsumirse en una figura)¹³¹, con el objeto de obtener la prisión preventiva del imputado, cuestión que no ocurre en el resto de los casos, incluso en otro tipo de casos que involucran a mapuches.

238. Los jueces, en general son más permisivos en estos casos con los fiscales a la hora de aceptar las solicitudes prisión preventiva, la que generalmente fundamentan en el peligro para la seguridad de la sociedad, en el entendido de que cada caso en particular es parte de un conflicto mayor, ligado a conductas terroristas.

239. También ha constituido un problema el que en muchas ocasiones se ha impedido el uso del idioma propio en los juicios, cuestión que está garantizada no sólo en las normas internacionales¹³² sino en la propia ley indígena. Además, es un derecho de todo imputado en virtud del principio de inmediación y defensa, el contar con intérprete para poder manifestar todo lo que estime conveniente a lo largo del juicio. La dificultad que surge en estos casos consiste en que habitualmente no se considera necesario el uso de la lengua nativa porque – se entiende que- el indígena maneja el Castellano, situación que además, resulta difícil establecer con precisión; ello a pesar de que la ley indígena chilena establece que es obligación del juez aceptar el uso de la lengua materna, sin distinguir en qué casos. Los jueces han aplicado de manera diferente esta norma, y algunos sostienen que esto procedería solamente cuando el imputado no hable Castellano¹³³. Este derecho implica no sólo la facultad de declarar en el idioma materno, con la presencia de un traductor que le permita entender la declaración al resto de los intervinientes que no conocen el idioma, sino que incluye también el

¹³⁰ Para la obtención de estas percepciones se efectuó una entrevista con dos abogados que ejercen en la Defensoría Penal de Temuco.

¹³¹ En dos oportunidades, los tribunales han condenado por un delito, en circunstancias de que la formalización de la investigación comprendió dos o más delitos.

¹³² Artículo 27 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992.

¹³³ Ejemplo de este caso es la audiencia de Formalización de la Investigación en contra de Segundo Aniceto Norín Catriman en el Juzgado de Garantía de Traiguén en Enero de 2002. En el acta de dicha audiencia consta la solicitud de la defensa: “La Defensa, expone que dado que su lengua materna es el mapudungun.....para poder expresarse con mayor claridad, poder declarar en su lengua materna”. A lo cual, la Jueza expresó que “tengo entendido que el habla castellano”. Ante la insistencia de la defensora, la Jueza resolvió que debía solicitarse una audiencia especial, para el caso que el imputado no deseara declarar en Castellano sino en Mapudungun.

derecho a que un traductor le permita entender en su idioma todo lo que se dice durante la audiencia. Debe agregarse además que no existen traductores profesionales que intervengan en las diferentes instancias, tanto en el juicio, como en las audiencias preliminares, y tampoco en la relación con defensores y fiscales, lo que puede ser problemático, especialmente en lo que se refiere a los defensores, en cuanto a poder ejercer una efectiva defensa. En relación a la defensoría, también hay problemas derivados del exceso de carga de trabajo de los defensores designados para llevar este tipo de causas, los que además de ocuparse de los casos que involucran a mapuches, deben hacerse cargo de otro tipo de casos, lo que dificulta llevar adelante una buena defensa.

240. Paradigmático resulta a este respecto el juicio a que fueron sometidos dos dirigentes del Consejo de Todas las Tierras, condenados por atentado y desacato a la autoridad, producto de un desorden provocado a la salida de una audiencia de revisión de la prisión preventiva de un dirigente de la comuna de Victoria, en el Juzgado de Garantía de esa ciudad. Los mapuche fueron acusados en virtud de diversos testimonios de los funcionarios de dicho Juzgado, quienes observaron que al término de la audiencia, los dirigentes (uno de los cuales hizo de intérprete en la audiencia) hablaron en mapudungun con las personas que estaban fuera del tribunal y éstos comenzaron a gritar y tocar tambores. Los defensores alegaron en esa oportunidad que el incidente se debió al “total desconocimiento del idioma mapuche, lo que llevó a una errada interpretación de parte de los funcionarios del tribunal, quienes se confundieron e imaginaron situaciones que lograron producir tensión colectiva y pánico, aumentada por el hecho de que los mapuche llegaron al Juzgado con sus atuendos típicos e instrumentos musicales, Trutruca y Kultrun”¹³⁴. Manuel Santander, condenado en este caso, manifestó durante el juicio “que se sintió ofendido culturalmente por las declaraciones prestadas el día anterior, porque son expresiones de racismo y que la acción de los fiscales es una persecución política a los dirigentes del pueblo mapuche (...) por el hecho de andar vestidos a la usanza mapuche y hablar mapudungun no se les puede acusar de violentistas o de incitar al desorden”¹³⁵.

241. En algunas oportunidades los jueces imponen medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva que no se justifican. Es así como en ocasiones han prohibido al imputado comunicarse con miembros de su comunidad, aunque el delito por el cual se lo persigue no es el de asociación ilícita, o se ha impuesto la prohibición de acercarse a su comunidad a un imputado cuya comunidad ha sido catalogada en su totalidad como una asociación ilícita, lo que los estigmatiza como delincuentes y además así se impide que la persona viva en su hogar sin una justificación razonable.

242. Además, en opinión de un abogado que usualmente participa en las primeras diligencias, durante la detención policial no siempre se garantiza al imputado mapuche su derecho de acceder a su abogado de confianza.

243. En otro caso relevante, se ha formulado acusación en contra de dos dirigentes mapuche, y los tres hijos de uno de ellos, por el incendio de un predio forestal y una casa de campo de un ex ministro de Estado, calificado como delito terrorista, aplicándose los plazos de detención excepcionales establecidos en esa ley. Aunque la Defensoría Penal impugnó (a través de un amparo) que se diera prioridad a una legislación excepcional que vulneraba derechos del defendido establecidos en el nuevo Código, los Tribunales no acogieron estos argumentos. Aunque los mapuches fueron finalmente absueltos por falta de pruebas, debieron permanecer en prisión por más de un año, y sólo a fines de septiembre de 2002 se formuló acusación en su contra por delitos descritos en la Ley antiterrorista. Las pruebas en que se fundó la acusación no fueron exhibidas

¹³⁴ Sentencia del Juzgado Oral de Angol en contra de José Nain y otro, atentado y desacato contra la autoridad Rol único 0100037260

¹³⁵ Sentencia citada.

completamente a la contraria; de hecho, la prueba sustancial consiste en la declaración de testigos encubiertos, cuya versión escrita fue entregada en forma incompleta a la defensa (se han tarjado aspectos importantes), y finalmente tampoco constituía una prueba contundente en contra de los mapuches.

244. En suma, los fiscales aseguran que sólo están ejerciendo su función legal, como organismo técnico.¹³⁶ Los defensores aseguran que algunos de los factores que concurren en estos casos perjudicando a los indígenas son el desconocimiento generalizado de los derechos de los imputados; presión de los medios de comunicación que influye en la opinión pública y en el accionar de los fiscales; intervención de autoridades públicas, haciéndose parte en los juicios o formulando declaraciones alarmistas; desconocimiento de la cultura mapuche¹³⁷.

245. El que en varios casos se trate de hechos criminales graves y violentos, que deben ser investigados y sancionados, no justifica que se haya generado una predisposición en contra de los indígenas, lo que se manifiesta en los elementos discriminatorios descritos en las páginas anteriores, tales como el juzgamiento –en forma demasiado habitual– conforme a procedimientos de propios de estados de excepción (ley antiterrorista, de seguridad del estado y justicia militar), malos tratos durante la detención, afectación del derecho a la defensa y otros. Esto ha derivado en una estigmatización de los indígenas, desviándose la discusión de la demanda de derechos a una cuestión de represión criminal.

¹³⁶ “¿Qué sucede ahora en relación a la realidad mapuche? Partiendo de ese concepto general de organismo técnico que es el Ministerio Público, nosotros.....investigamos delitos que están establecidos en la legislación común, algunos de los cuales también están establecidos en la legislación especial”. García, Pedro. 2002. “No se puede exigir a la Reforma Procesal Penal la solución del problema mapuche”; en “Derechos, Reforma a la Justicia y Pueblo Mapuche”, Instituto de Estudios Indígenas y Corporación FORJA Formación Jurídica para la Acción, (95-98); p. 96.

¹³⁷ Jelves, Sandra. 2002. “Pueblo Mapuche: entre los avances de la norma jurídica y la subjetividad de los operadores”; en “Derechos, Reforma a la Justicia y Pueblo Mapuche”, Instituto de Estudios Indígenas y Corporación FORJA Formación Jurídica para la Acción, (61-64); p. 63.