

LA AGENDA LEGISLATIVA INDÍGENA: HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL PODER LEGISLATIVO DE CHILE.

Ariel León Bacián¹.

Presentado al Consejo Nacional Aymara,
a la Coordinación de Identidades Territoriales Mapuche,
y al Consejo de Pueblos Atacameños.
Mayo de 2005².

I INTRODUCCIÓN:

La idea central de este trabajo se basa en una convicción personal: se ha privilegiado excesivamente el uso del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos, y se ha descuidado la utilización de la legislación interna para prevenirlas. Esto no sólo provoca fuertes distorsiones, impunidad, y esfuerzos tardíamente (y por ello ineficientemente) aplicados, sino que además crea dependencias. Ahora bien, aclaremos. No me refiero a la utilización del derecho interno en los tribunales de justicia. Esta labor también es algo mezquina e ineficaz, a mi juicio, pues las leyes actuales no consagran expresamente y de manera amplia todos los derechos de los pueblos. Paralelamente, aunque estos estuvieran expresamente reconocidos por la ley, actualmente no existen acciones judiciales especiales para tutelar derechos colectivos (que es algo que abordo en otro lugar). Quiero explorar en estas líneas la posibilidad de que la Dirigencia utilice el Derecho chileno como parte la estrategia de defensa de derechos individuales y colectivos mediante el rechazo, aceptación y propuesta de las leyes en un sentido genérico.

1.- Diagnóstico acerca de las estrategias de defensa de los DDHH de los pueblos: El “auxilio” del derecho internacional y el abandono del “frente interno”.

El Derecho Internacional ha sido una herramienta tradicional en la defensa de derechos humanos. Sus ventajas son que los foros internacionales interpretan las cláusulas de derechos humanos de manera amplia, tutelando gran cantidad de

¹ Aymara. Miembro de la Consejería Indígena Urbana.

² Este Informe va dirigido a los dirigentes y autoridades del Consejo Nacional Aymara, de la Coordinación de Identidades Territoriales Mapuche y del Consejo de Pueblos Atacameños. Para Uds., mis hermanos y amigos, mi mejor esfuerzo. Algunas partes de este Informe se basan en trabajos propios anteriores, algunos inéditos, por lo que a veces abusaré de las citas.

intereses, incluso los colectivos; también en el derecho internacional generalmente se proponen modernas y eficaces herramientas de protección y tutela para ser utilizadas en los ordenamientos jurídicos internos.

No obstante, la utilización del Derecho Internacional plantea ciertas desventajas:

a) El Derecho Internacional tiene efectos limitados en el ámbito local o doméstico. Genera recomendaciones, interpelaciones, sugerencias, instrumentos declarativos, denominados instrumentos de *soft law*, o derecho blando, que constituyen instrumentos programáticos, buenos deseos de la comunidad internacional, pero no normas obligatorias. Puede que un foro internacional conmine a un Estado a modificar su legislación interna, y así convertirse en un instrumento preventivo de futuras violaciones de DDHH de los pueblos, pero es difícil que un Estado modifique su derecho interno en virtud de Recomendaciones. Paralelamente, los instrumentos obligatorios son flagrantemente violados por los Estados. Eventualmente los tribunales internacionales emiten sentencias, pero ellas también son, en los hechos, obedecidas dependiendo de las circunstancias políticas, cuyo cumplimiento sigue dependiendo de la diplomacia internacional como forma de presión.

b) Ahora, si nos referimos al Sistema Interamericano de los DDHH (Comisión y Corte Interamericana de DDHH), que es de cumplimiento obligatorio, y que en nuestro contexto ha sido utilizado una y otra vez, existe otra desventaja que no puede ser soslayada: que a este sistema se acude generalmente a “llorar sobre la leche derramada”. Son herramientas fundamentalmente represivas, cuando el daño ya ha ocurrido. Al menos así ha sido en la práctica. Como señalábamos, aún en casos de sentencias de tribunales internacionales, su cumplimiento está cuestionado, pues sigue dependiendo de la voluntad de los Estados.

c) El que el derecho internacional actual sea fundamentalmente represivo provoca un grave perjuicio a la autonomía indígena, pues arroja a los pueblos a una agenda programática de reacción, en la cual los pueblos responden a agresiones y violaciones, dedicándose exclusivamente a detenerlas o a obtener su sanción. Si los pueblos nos reducimos sólo a reaccionar ante las políticas estatales o proyectos empresariales de desarrollo que violan nuestros derechos, resulta que perdemos la posibilidad de una agenda propia, pues esta termina siendo fijada por nuestro contendor y no por nosotros. Tener una agenda de acción y proacción, implica la elaboración de programas, objetivos, estrategias y propuestas propias, y no la mera reacción ante la contingencia o la coyuntura. Es verdad que la negociación de tratados internacionales de DDHH presenta la posibilidad de mostrar propuestas, y ser proactivo, pero esta no es la vía que se ha privilegiado, sino la vía judicial y de denuncia internacional. La suficiente eficacia de los pueblos de influir en la negociación de instrumentos internacionales, será probada nuevamente ante la futura Declaración de derechos de los pueblos indígenas de la ONU y de la OEA (aunque también en este proceso hay actualmente poca representatividad de los pueblos).

d) Paralelamente, la utilización exclusiva y excesiva del Derecho Internacional, crea dependencias, pues los pueblos, al no concentrarse en la vía nacional, acuden a abogados (no necesariamente expertos en derecho internacional) y agencias internacionales que los representan ante los órganos internacionales, lo que por cuestiones de presupuesto veda a los pueblos, sus autoridades y líderes, salvo contadas excepciones, a la necesaria relación directa de negociación y cabildeo (*lobby*) con las autoridades internacionales. Este desprecio del “Frente interno”, veda también a los pueblos de la negociación y cabildeo ante las autoridades políticas nacionales, cuestión muy necesaria para la implementación de la autonomía de los pueblos en el futuro.

e) Asimismo, las estrategias de defensa de los derechos colectivos ha tendido a ser fijada por las plataformas académicas, ONG's y por los abogados que la componen, y no por los afectados, o por sus autoridades tradicionales. A veces ni siquiera se ha contado con una consulta decente. En la práctica, cada vez que se acude al Derecho Internacional disminuyen las posibilidades de control de los afectados sobre la acción de los operadores jurídicos (abogados y docentes), y la eventual negociación de los mismos.

f) Sin perjuicio de ello también está el prestigio que en la comunidad de operadores jurídicos otorga el acudir a los foros internacionales. En lo particular, creo que esto conlleva el peligro de la temeridad con que se pueden entablar acciones o realizar gestiones ante los foros internacionales. Otro peligro es experimentar con nuestros derechos ante tales foros, con argumentaciones sofisticadas o peligrosas para los derechos de nuestros pueblos, muchas veces no consentidas o al menos consultadas. Los foros internacionales tienen más apertura (textura abierta) al interpretar los estándares de derechos humanos tanto de primera, segunda y tercera generación, pero si no hay control de los pueblos, sus autoridades tradicionales, los afectados, así como los organismos territoriales o nacionales cuyos intereses estén comprometidos en el caso concreto, respecto de sus abogados, operadores jurídicos, agencias internacionales de DDHH, etc., los resultados pueden ser desastrosos, pues se puede llegar a un resultado no consentido (ni previamente advertido como riesgo de la argumentación utilizada para la defensa de un derecho), y crear distorsiones, conflictos, o aún precedentes perniciosos. Sin más, cada uno de los lectores podrá entender que los coletazos de una sentencia o una resolución de un organismo internacional pueden ser insospechados.

Como se podrá ver, hay al menos dos críticas que responden a la acción de los operadores jurídicos, y que por ende se pueden corregir, pero el resto son aspectos estructurales, en los cuales los pueblos y los operadores jurídicos tienen escaso nivel de control. Con estas críticas no pretendo deslegitimar el “Frente Internacional”, sino que advertir sus limitaciones y criticar el excesivo uso de esta estrategia y el descuido de su necesario complemento.

2.- El rescate del Frente Interno:

El Derecho chileno es estructuralmente distinto de los derechos propios de cada uno de los pueblos que existe y habita el territorio de lo que hoy es Chile, en virtud de que la cultura de cada uno ha permeado sus formas jurídicas. Aplicar a uno el derecho del otro es una forma de dominación cultural y política, pues el derecho impuesto a pueblos culturalmente diferenciados, no reconoce las dimensiones culturales del pueblo oprimido. La aplicación del derecho impuesto va socavando progresivamente las formas jurídicas de los pueblos, y la cultura que hace su telón de fondo. Obviamente, esto no quiere decir que no existan puntos de contacto entre ambas culturas y “derechos”, ni apelamos al fundamentalismo culturalista, sino que pretendemos exponer los resultados de un proceso suficientemente probado en la experiencia chilena y comparada.

El ejercicio de la autonomía implica, entre sus muchas facetas y caras, autonomía jurídica, vale decir, convertir a los derechos propios o de los pueblos, en derecho vigente, y no sólo en derecho eventualmente eficaz (a veces, este derecho es eficaz cuando el Estado no se entera, o renuncia a aplicar su poder de imperio). Como es sabido, ello implica que un pueblo puede aplicar su derecho propio, inclusive a través de sus propias autoridades “judiciales”.

Ahora bien, esta aspiración cuya amplitud dependerá de cada pueblo en decisión autónoma, no quita la posibilidad de emprender, como estrategia política y jurídica, la utilización de las herramientas del derecho chileno para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente, la del cabildeo o lobby para proponer, aceptar o rechazar leyes. De hecho utilizare el derecho internacional, es recurrir al derecho occidental. Nadie osaría decir que por ir a la ONU se está renunciando a la identidad indígena. Nadie osaría decir que por hacer cabildeo o lobby se renuncia a la identidad indígena.

3.- Propuesta:

La principal lección de todo lo anterior es que hemos ido a alegar contra la violación de nuestros derechos a los órganos internacionales, mientras en Chile, por ejemplo:

a) Hace tres meses se aprobó un Código de Aguas, luego de 12 años de tramitación legislativa, sin ningún artículo relativo a la forma de administración del recurso con criterios cosmovisivos, reconociendo sus formas de autoorganización tradicional para no acudir a la figura de las Juntas de Vigilancia y las de Asociaciones de Canalistas, mejorar el régimen legal de la recuperación de las aguas ancestrales, etc.

b) Se aprobó la comuna de Alto Bío Bío y la de Chol Chol sin una discusión colectiva, y ante la pasividad de la dirigencia ante los trámites legislativos.

c) Existen más de 20 Proyectos de Ley en trámite que afectan a los pueblos indígenas de Chile, sin lobby ni cabildeo, que pasaré a exponer más adelante. Algunos de ellos están en un estado muy avanzado de tramitación, lo que dificulta la intervención que podamos realizar en ellos.

Lo que quiero proponer en las líneas que siguen es que los pueblos organizados trabajemos en el rescate del Frente Interno, en la plena conciencia de que el frente internacional tiene debilidades manifiestas, que deben ser salvadas mediante la utilización paralela y coordinada del derecho interno. Una vía sin la otra, nos condena a una intensa desprotección de nuestros derechos, y constituye una **evidente ingenuidad** (tal como “lo externo es bueno y lo interno es malo”).

Ello implica jugar a dos frentes: Uno, el de la pureza, el teórico, que implica luchar por el derecho a la autonomía, en el cual nuestras autoridades tradicionales (*mallku, amauta, lonko, ülmen*, etc.), mediante procedimientos tradicionales de decisión, dicten normas jurídicas particulares y generales obligatorias en su ámbito de competencias. El otro, jugar con la institucionalidad estatal vigente, intentando que el Estado implemente órganos adecuados para el resguardo y protección de la identidad indígena.

Creo que mientras no tengamos autonomía, no podemos quedarnos de brazos cruzados, y renunciar a ensuciarnos de la política y participación popular k'ara o winka. El Congreso Nacional, que tramita las leyes, es como una máquina. No se va a detener a esperar que conquistemos la autonomía. Estamos casi condenados a utilizar esta herramienta, so pena de comprometer nuestra supervivencia.

Es por ello que presento aquí las ideas fundamentales para que las organizaciones aborden un proceso intenso de lobby, cabildeo o negociación, que les permita dotarse de la suficiente fuerza, ahora a nivel interno, para obtener el respeto de los derechos indígenas, y no esperar tragedias para acudir, ya demasiado tarde, a la jurisdicción internacional.

Para ello, analizaré los Proyectos de Ley en trámite en el Congreso Nacional de Chile, y realizaré críticas. Estas no pretenden abarcar la totalidad de los aspectos que toca cada uno de los proyectos de ley. Además, deben ser tomadas como meras opiniones personales, que no deben ni pueden ser asumidas como una voz legítima de organización alguna, que jamás pueden reemplazar el verdadero y legítimo proceso de consentimiento informado previo, y el derecho a la consulta, en su caso.

II.- CÓMO SE FORMA LA LEY:

1.- *Generalidades:*

El ejercicio propuesto implicará el repaso de materias básicas propias de la Educación Cívica. Será un breve sacrificio para poder entrar en el tema de manera eficiente. La estructura del Estado es compleja, pero tal complejidad es necesaria de conocer en sus aspectos fundamentales para poder enfrentarla eficazmente, y no presentar solicitudes a quien no es competente de resolverla, lo cual es muy común en el ámbito de la dirigencia, y que es algo de lo cual debemos hacernos responsables.

2.- *División de poderes:*

Este es un principio básico de la organización del Estado, en el diseño del constitucionalismo clásico de Europa, que heredaron las colonias latinoamericanas. En teoría, este principio pretende la distribución del poder estatal en diferentes órganos, de manera de evitar que el Poder del Estado se concentre en una sola institución, evitando arbitrariedades y abuso de poder.

La separación de poderes exige la distinción de funciones de cada rama y establece mecanismos de control recíproco entre los distintos poderes públicos.

3.- *Los Tres Poderes del Estado:*

En términos simples, existen 3 poderes del Estado:

- a) Poder Ejecutivo: Es el encargado de ejecutar la ley. Cuando se habla del “gobierno”, es en referencia a él. En el sistema político chileno, que es presidencialista, el Presidente detenta el cargo de Jefe de Estado.
- b) Poder Judicial: Es el encargado de juzgar casos concretos, de acuerdo a la ley. Es ejercido por los Tribunales de Justicia. La Corte Suprema es el máximo tribunal de Chile.
- c) Poder Legislativo: Es el encargado de dictar leyes, que básicamente son normas de aplicación general, que regulan aspectos relevantes de la vida en sociedad. Este poder es ejercido por el Congreso Nacional, compuesto por dos Cámaras (una de Diputados, y otra de Senadores). En Chile se dice que tenemos un *colegislador*, que es el mismo Presidente de la República, pues puede proponer leyes (algunas de ellas de manera exclusiva), y establece sus urgencias (tiempo de tramitación, con lo que pautea el trabajo del Congreso).

Actualmente existe una discusión acerca si efectivamente en Chile tenemos 3 poderes del Estado, pues existen órganos constitucionalmente autónomos que escapan a la clasificación clásica (por ejemplo, el Banco Central).

Asimismo, a pesar de la separación, tal como ya señalamos, el régimen presidencialista que tenemos hace que el Presidente tenga una gran intervención en el trabajo legislativo, por lo que la separación de poderes no es igual a un “equilibrio de poderes”.

Este pequeño mapa institucional es útil para saber a quien realizar solicitudes o contra quien presionar para lograr una determinada decisión.

4.- Pirámide normativa:

Es la forma de ordenar sistemáticamente las normas jurídicas que produce el Estado. Para el jurista alemán clásico Kelsen, el derecho es una pirámide normativa.

En cuya cúspide de las normas, se sitúa la norma suprema del ordenamiento jurídico (Constitución), por lo que:

- ninguna norma podrá contradecir a la suprema.
- las demás normas son una mera ejecución de la norma suprema.

Esta es la importancia, por ejemplo, del Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas, pues los derechos de los pueblos declarados en la Constitución, en teoría, inspirarán las leyes inferiores. Si el reconocimiento es fuerte, entonces las leyes inferiores también lo serán. Si el reconocimiento es débil, o no existe, entonces las normas de protección de los pueblos quedan a la mera voluntad de las leyes inferiores y del gobierno de turno.

Veamos cómo se ordena la pirámide normativa:

a) Constitución Política: Es la Ley básica que organiza el Estado, que crea instituciones públicas, sus facultades y ámbito de competencias, y reconoce derechos a las personas y su forma de tutela o protección.

b) Los Tratados Internacionales: Son acuerdos celebrados entre los Estados, o entre organizaciones internacionales, o entre unos y otros, sobre materias de naturaleza internacional o de interés común. Su aprobación por el Congreso se tramita como una ley, la que puede ser presentada exclusivamente por el Presidente de la República. Según el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile obligan a todos los poderes del Estado, lo que ha hecho pensar que los tratados son iguales o aún superiores a la Constitución, lo que sigue siendo tema de debate. Esta es la importancia del Convenio 169 y de los tratados de DDHH generales que se han aplicado a los pueblos indígenas, pues son inspiración de todas las leyes y según algunos, de la misma Constitución.

c) Leyes propiamente tales: Son normas aprobadas por el Congreso Nacional, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución. Se dividen principalmente en Leyes Interpretativas de la Constitución (que requieren la

aprobación de los 3/5 de los Diputados y Senadores en ejercicio); las Leyes Orgánicas Constitucionales (que requieren los 4/7 de los votos de los Diputados y Senadores en ejercicio); las Leyes de Quórum Calificado (que requieren la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores en ejercicio); y las leyes comunes (que requieren mayoría de los votos de los Diputados y Senadores asistentes a la sesión).

d) Decretos con Fuerza de Ley: Básicamente son aquellas leyes dictadas por el Presidente por Decreto, previa autorización del Congreso.

e) Decretos Leyes: Son aquellos decretos que contienen normas propias de una ley, dictados por el Presidente, sin autorización del Congreso. Son ilegítimas e inválidas de origen, pero eficaces en la práctica.

f) Reglamentos, Decretos, Resoluciones: La Potestad Reglamentaria le permite al Poder Ejecutivo dictar normas que aplican concretamente las leyes, o que no son materias de ley. Es la forma en que se establecen Áreas de Desarrollo Indígena, por ejemplo.

g) Sentencias judiciales: Son manifestaciones de voluntad del Poder Judicial, resolviendo controversias jurídicas concretas. Algunos señalan que no son normas jurídicas, sino mera aplicación de ellas. Los otros, señalan que son normas jurídicas particulares. Las sentencias deben ser dictadas de acuerdo a la ley vigente. No obstante, la sentencia ya dictada y firme (que ya no puede ser cuestionada mediante un recurso judicial), no puede ser revisada por ningún poder del Estado (no puede ser modificada ni invalidada por ley o por decreto), ni siquiera por el Poder Judicial mismo. Una sentencia judicial puede ser invalidada en Chile por sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

h) Contratos: Algunos señalan que los contratos son normas jurídicas particulares. Los que así opinan señalan que la Constitución es directamente aplicable a los contratos. Los contratos inconstitucionales o ilegales son nulos (por ejemplo, si contravienen derechos de los pueblos consagrados en la Ley Indígena). Es lo que ocurre con un contrato de permuta que comprometa tierras indígenas sin autorización del Consejo Nacional de CONADI³, por ejemplo.

Como ya adelantamos, aquí trataremos sólo la formación de la ley, como manifestación de la voluntad del Congreso Nacional, lo que incluye a los tratados internacionales, cuyo trámite en Chile es igual al de la ley, con ciertas especificaciones.

³ Corporación Nacional de Desarrollo Indígena www.conadi.cl

5.- El Congreso Nacional:

El Congreso Nacional de Chile conforma el Poder Legislativo en Chile y está compuesto por una Cámara de Diputados y un Senado, quienes principalmente tramitan los proyectos de ley presentados. Los 120 Diputados y los 48 Senadores, son representantes de la ciudadanía, quien los elige por voto popular. La Cámara de Diputados tiene además, la facultad de fiscalizar los actos del Poder Ejecutivo.

Tanto la Cámara e Diputados como el Senado, están organizadas en Comisiones, que pueden ser investigadoras, especiales y permanentes, estas últimas compuestas por parlamentarios reunidos en el tratamiento de proyectos de ley sobre el mismo tema. Así, todos los proyectos de ley sobre medio ambiente, pasan por la Comisión de Medio Ambiente. Lo mismo ocurre con los proyectos de ley sobre pesca, agricultura, minería, economía, derechos humanos, etc. Lamentablemente, en el Congreso de Chile no existe Comisión Permanente de Pueblos Indígenas. Las Comisiones Parlamentarias pueden a su vez

6.- Etapas del Proceso de Formación de la Ley:

En los libros de derecho, generalmente se encuentran las siguientes etapas de formación de la ley:

- a) Iniciativa: Presentación del proyecto de ley al Congreso.**
- b) Discusión: Debate de los parlamentarios sobre un proyecto de ley.**
- c) Sanción: La aprobación del proyecto por el Congreso.**
- d) Promulgación: Decreto por el cual el Presidente acusa recibo de un proyecto aprobado y manifiesta que es una ley que debe ser cumplida.**
- e) Publicación: La publicación en el Diario oficial hace vigente una ley aprobada.**
- f) Urgencias: Acto por el cual el Presidente determina la velocidad de tramitación de un proyecto.**

Veremos sólo el contenido principal para tratar el tema:

a) La iniciativa es el derecho de proponer leyes. Actualmente sólo son titulares de este derecho los parlamentarios en su respectiva Cámara (quienes presentan una "moción"), y el Presidente de la República en alguna de ellas (a través de un "Mensaje"). Actualmente se tramitan alrededor de 4 proyectos de ley para que los ciudadanos, con un número determinado de firmas, presenten proyectos de ley.

La Cámara que recibe un proyecto es denominada "de Origen", mientras que la otra se transforma en "Revisora".

b) La discusión es el estudio y debate sobre el proyecto de ley presentado.

i. En la Cámara de Origen, que es la Cámara en la que se presenta el proyecto, se tramita la ley inicialmente, proceso que se denomina “primer trámite constitucional”. El proyecto, por regla general, es enviado a la Comisión respectiva, el cual elabora un informe para la sala de la Cámara (compuesta por todos los parlamentarios de dicha Cámara), quienes decidirán aprobar o rechazar la idea de legislar referente al punto, lo que se denomina “discusión en general”, según el quórum que exija la Constitución.

Si se “rechaza la idea de legislar sobre la materia”, el proyecto no se podrá presentar nuevamente, sino después de un año.

Durante la discusión en primer trámite se pueden presentar “indicaciones”, o propuestas de reforma del proyecto inicial. Si el proyecto es aprobado en general con indicaciones, pasa nuevamente a la Comisión, con nuevos informes, para ser presentado a la sala para su “discusión en particular” (artículo por artículo).

Si el proyecto se aprueba en general sin indicaciones, esta aprobación se entenderá también como aprobación en particular, y pasa a la Cámara Revisora.

ii.- En la Cámara Revisora, que es la Cámara que recibe el proyecto de la Cámara de Origen, se continúa la discusión del proyecto de ley, proceso que se denomina “segundo trámite constitucional”, el cual también está constituido por una discusión en general y particular. Si se aprueba el proyecto de ley enviado por la Cámara de Origen, el proyecto es “despachado” del Congreso al Presidente de la República. Si es aprobado con modificaciones, se devuelve a la Cámara de Origen para que discutan las modificaciones. Si es rechazado totalmente (no alcanza el quórum de votos), se forma una Comisión Mixta de senadores y diputados para negociar un proyecto de consenso.

iii.- Producido un consenso en Comisión Mixta, el proyecto vuelve a ambas Cámaras, donde puede ser aprobado por la mayoría de los miembros presentes. Existe todo un procedimiento para resolver nuevos desacuerdos que no exponemos aquí para simplificar la exposición.

Para las reformas constitucionales no existe Comisión Mixta, por lo que en los puntos de conflicto entre ambas Cámaras, no hay reforma a la Constitución.

e) Las leyes aprobadas deben publicarse en el Diario Oficial para ser vigentes. La misma ley puede suspender sus efectos luego de su publicación (periodo que se denomina “vacancia legal” o *vacatio legis*).

f) Mediante las Urgencias, el Presidente de la República puede pausar el funcionamiento del Congreso poniendo un tiempo mínimo de tramitación de la ley, desde su inicio o durante cualquier estado de su discusión, en ambas Cámaras. Estas urgencias determinan la velocidad de tramitación de la ley, y por tanto fijan los proyectos prioritarios, y los que quedan sin urgencia “durmiendo” en el Congreso. Cuando un parlamentario logra obtener una urgencia para su proyecto

de ley, se dice que ha logrado que el Gobierno “patrocine su proyecto”, lo que en la práctica es considerado un gran logro.

Cabe señalar finalmente, que los tratados internacionales pueden ser sólo aprobados o rechazados por el Congreso, no modificados.

III.- Análisis de los proyectos de ley que actualmente se tramitan en el Congreso Nacional y afectan a los pueblos indígenas.

En esa parte expondré clasificados por temas los proyectos de ley que se tramitan actualmente en el Congreso Nacional referentes a pueblos indígenas, o que los afectan sustancialmente. Se acompañan datos relevantes. Como ya señalé, acompañaré cada proyecto de opiniones personales, las que no pueden, en lo absoluto, tomarse como voz u opinión de pueblo alguno. Nada puede reemplazar el procedimiento de consentimiento de los pueblos a la hora de aprobar o rechazar un proyecto de ley.

Divido a los proyectos de ley sobre pueblos indígenas en los ss. rubros:

- 1.- Proyectos de ley de derecho público, o que modifican nuevas instituciones.**
- 2.- Proyectos de ley sobre Recursos Naturales (agua, bosques, pesca, tierras, recursos genéticos).**
- 3.- Proyectos de Ley sobre no discriminación**
- 4.- Proyectos de ley de reconocimiento de patrones culturales**
- 5.- Proyectos de ley sobre patrimonio cultural**
- 6.- Proyectos de ley sobre genocidio**
- 7.- Proyectos de ley Represivos.**
- 8.- Pre proyectos de ley**

Asimismo, existen por lo menos dos pre - proyectos de ley (proyectos en estudio por el Poder Ejecutivo, aún no presentados al Congreso), que actualmente se encuentran en grupos no indígenas de gobierno, sin ningún proceso de consentimiento previo, uno que crea la nueva Subsecretaría Indígena, y otro sobre normas aplicables al Acceso a Recursos Genéticos.

1.- *Proyectos de Derecho Público.*

a) **Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989⁴.**

N° Boletín: 233-10
Fecha de Ingreso: Martes 8 de Enero, 1991
Iniciativa: Mensaje Presidencial.
Cámara de origen: C. Diputados
Etapas: Segundo trámite constitucional
Subetapa: Primer informe de Comisión de Relaciones Exteriores

Respecto al contenido de este Tratado Internacional, no haremos una mención profunda de su contenido. Baste señalar que reconoce la categoría de pueblos pero sin los efectos que esta palabra tiene en el derecho internacional (división del Estado, soberanía, independencia, etc); reconoce el derecho propio; a la propiedad y utilización de su territorio ancestral; el derecho al consentimiento informado previo y colectivo; al derecho al desarrollo con identidad; a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales; entre otros.

El Presidente Aylwin, el día martes 8 de enero de 1991, presentó el tratado a la Cámara de Diputados. Como es sabido, uno de los puntos más discutidos fue los efectos jurídico políticos de la palabra “pueblos”. Después de un largo proceso de discusión, el Tratado fue aprobado por dicha Cámara el día 04 de noviembre de 2000. No obstante, Diputados de derecha⁵ presentaron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional alegando la inconstitucionalidad del Proyecto en virtud de dos fundamentos:

- por contravenir las Bases de la Institucionalidad, los requirentes señalan que uno de los elementos esenciales del Convenio es reconocer a los pueblos indígenas o tribales en países independientes como sujetos jurídicos de derecho público (pueblos).

- El Convenio N° 169 modificaría tácitamente las leyes orgánicas constitucionales a que se refieren las siguientes normas de la Constitución:

⁴ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?233-10

⁵ Gustavo Alessandri Valdés, Claudio Alvarado Andrade, Pedro Alvarez-Salamanca Büchi, Mario Bertolino Rendic, Alberto Cardemil Herrera, Juan Antonio Coloma Correa, Sergio Correa de la Cerda, María Angélica Cristi Marfil, Eduardo Díaz del Río, Alberto Espina Otero, Haroldo Fossa Rojas, Pablo Galilea Carrillo, René García García, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, María Pía Guzmán Mena, Carlos Kuschel Silva, Cristián Leay Morán, Pablo Longueira Montes, Rosauro Martínez Labbé, Patricio Melero Abaroa, Darío Molina Sanhueza, Luis Monge Sánchez, Jaime Orpis Bouchon, Osvaldo Palma Flores, Lily Pérez San Martín, Baldo Prokurica Prokurica, Carlos Racondo Lavanderos, Manuel Rojas Molina, Alfonso Vargas Lyng, Osvaldo Vega Vera y Carlos Vilches Guzmán.

Artículo 19, N° 24, incisos séptimo y octavo, que se refieren a la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras, por el artículo 15° N° 2°, del Convenio; Artículo 102, de la Constitución, el cual dispone que una ley orgánica constitucional ha de regular lo concerniente a los consejos regionales, por el artículo 7°, N° 2° del Convenio; Artículo 71, inciso segundo, el cual dispone que la ley orgánica constitucional relativa al Congreso Nacional ha de establecer todo lo que dice relación con la tramitación interna de la ley, por el artículo 6°, N° 1°, del Convenio; Artículo 19, N° 11°, en cuanto dispone que la ley orgánica constitucional de enseñanza debe establecer los requisitos mínimos que deban exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza escolar, por el artículo 22°, N° 2° y 3°, del Convenio. En consecuencia, el Convenio N° 169 debió aprobarse con rango de ley orgánica constitucional. Sin embargo, el Convenio fue aprobado como norma de ley común, puesto que la Cámara de Diputados consideró que no comprendía ninguna norma que modificara una ley de quórum especial, aun cuando formalmente los votos emitidos en su favor excedieron del mínimo exigido en tal sentido.

El Tribunal Constitucional el cuatro de agosto de dos mil, dictó sentencia favorable a la pretensión de los Diputados de derecha sólo en uno de sus puntos, rechazando el resto. Lamentablemente la decisión entraba drásticamente la aprobación del Convenio 169.

No obstante rechazar la inconstitucionalidad por reconocer personalidad jurídica de derecho público de los pueblos, la sentencia accede a parte del segundo fundamento del requerimiento. La sentencia divide las normas del Convenio en autoejecutables y no autoejecutables. Las no autoejecutables, en virtud de estar redactadas en términos amplios ("según lo permita la legislación interna", por ejemplo), no se oponen a norma vigente alguna, sino que exhortan al Estado parte que la modifique. En cambio las normas autoejecutables se oponen contra la norma nacional, pues exigen cumplimiento *contra legem* (contra la ley vigente). Esto ocurre en el caso de la Ley Orgánica del Congreso Nacional, y en el caso de los planes de desarrollo de la LOC de Gobierno y administración regional, que no reconocen derechos a la participación indígena.

Por tanto, el Convenio 169 deberá ser aprobado con el quórum de una Ley Orgánica Constitucional (4/7 de los parlamentarios). Ese quórum ya se logró en la Cámara de Diputados, a pesar de habersele exigido quórum de ley simple. Ahora que el Senado tramite su aprobación, será muy difícil lograr ese quórum en dicha corporación, dada la composición actual de los escaños. La aprobación del Convenio 169 está a la espera.

Comentario:

No parece ser necesario argumentar el alto nivel de adhesión del Convenio 169, sin perjuicio que como todo tratado, será superado en el futuro, particularmente de cara a las futuras Declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU y la OEA, cuyos textos actuales consagran el

derecho a la autodeterminación. La forma de aprobar el Convenio 169, sería la siguiente: Debe modificarse la LOC del Congreso Nacional y la LOC de Gobierno y Administración General para asimilar la participación indígena a lo dispuesto por el Convenio 169. Con ello, no sería necesario someter al mismo al quórum de una Ley Orgánica Constitucional, y podría ser aprobado como ley simple (mayoría simple de votos). Ello ya ha sido advertido por las fuerzas políticas de oposición y gobierno, por lo que es también muy difícil que ocurra.

b) Reforma constitucional que reconoce la existencia de los pueblos indígenas y les otorga participación política en el Estado⁶.

N° Boletín:	2360-07
Fecha de Ingreso:	Martes 6 de Julio, 1999
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C. Diputados
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía
Diputados proponentes:	Huenchumilla Jaramillo, Sergio Francisco Elgueta Barrientos, Luksic Sandoval, Zarko Ojeda Uribe, Sergio Ceroni Fuentes, Guillermo Tuma Zedan, Eugenio Letelier Morel, Juan Pablo Bustos Ramírez, Juan Hernández Saffirio, Miguel García García, René Manuel

En este proyecto se intenta dotar de normas que permitan la efectiva participación política de los pueblos indígenas, en las reglas del juego que existen para adoptar decisiones colectivas, sin lesionar, por ello, la unidad del Estado.

Agrega al art. 1° de la Constitución: “El Estado reconoce a los **pueblos indígenas originarios** que integran la nación chilena y les garantiza el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, **político y económico**”

Se propone elegir 3 senadores, y 10 diputados indígenas, en su representación. Estos parlamentarios serían elegidos por los indígenas, para lo cual se crearía paralelamente, un Registro Electoral Indígena. Los distintos electores y las circunscripciones respectivas serían fijadas por la ley orgánica constitucional

⁶ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2360-07

respectiva. La inscripción en el Registro Electoral Indígena no implica la pérdida de derechos ciudadanos para participar en las elecciones generales de Presidente de la República; pero no podrán votar en las elecciones parlamentarias. Los parlamentarios indígenas tendrían los mismos derechos y obligaciones, y el mismo estatuto que hoy rige para senadores y diputados.

Además, se propone que participen en la Administración Comunal, para satisfacer las necesidades de la comunidad indígena local y aseguren su participación en el progreso económico, social y cultural de la Comuna. Se propone que por cada 5% de población indígena que exista en cada comuna respecto del total de ésta, se elija un concejal hasta un máximo total que determinará la ley. Estos concejales serán elegidos por los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral Indígena, sin perjuicio de ser elegidos alcaldes si alcanzan las mayorías necesarias, en la forma que lo determine la ley.

Además, se propone que los pueblos indígenas participen en el Consejo Regional. Hoy en día es cada vez más importante la función de los gobiernos regionales, por la enorme cantidad de recursos que asignan y que inciden directamente en el desarrollo regional.

Finalmente, se propone la creación de un Parlamento Indígena encargado de administrar los recursos que fije el Presupuesto de la Nación, anualmente, a la ley indígena y de dictar los reglamentos e instrucciones para la aplicación de la política indígena que determinen las leyes. Igualmente este Parlamento nombraría, a propuesta del Presidente de la República al Director Nacional de la Corporación de Desarrollo Indígena, o del organismo que le suceda y que tenga el carácter de máximo funcionario encargado de aplicar la política indígena del Estado.

Estos congresales se denominarán “Parlamentarios Indígenas” y se elegirán por votación popular por los indígenas de Chile inscritos en el Registro respectivo, en la forma y con las condiciones, requisitos, obligaciones y derechos que establezca una ley de quórum calificado.

Naturalmente que este Parlamento reemplazaría al actual Consejo de la CONADI, lo cual supone una perspectiva de reelaboración y superación de su actual estructura, poniéndola mucho más cercana a una suerte de “ejecutivo”, de la autonomía indígena.

Este proyecto se encuentra desde 1999 en la Comisión de Derechos Humanos, sin movimiento alguno, sin primer informe y sin urgencia.

Comentario:

Este proyecto implica dotar al Estado de organismos especiales, así como reconocer espacios de representación política dentro del Estado Nación. Claramente, este proyecto debió ser consentido por los pueblos

punto por punto antes de ser presentado. Debe tenerse en claro que este proyecto reconoce el derecho a la participación política. No es un reconocimiento culturalista. No obstante, no reconoce derechos de autonomía indígena, territorios especiales, ni menos normas que doten a las autoridades tradicionales indígenas de poderes de naturaleza pública, vinculantes u obligatorios, dentro de la esfera de su competencia.

2.- *Proyectos sobre recursos naturales.*

a) Agua:

i.- Proyecto de Ley que modifica el Artículo 19 N° 24, de la Constitución Política, en lo relativo al Régimen Jurídico de Propiedad de las Aguas.

N° Boletín:	652-07
Fecha de Ingreso:	Martes 7 de Abril, 1992
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión especial del Estudio del Régimen Jurídico de las Aguas
Diputados proponentes:	Gajardo Chacón, Rubén Acuña Cisternas, Mario

Este ambicioso proyecto es de reforma constitucional y legal. Propone un nuevo régimen de aguas para aquellas ubicadas al Norte del Río Salado de la III región. Estas aguas serán concedidas mediante derechos de aprovechamiento de naturaleza administrativa, muy limitada. Así, el nuevo Artículo 129 e) del Código de Aguas, dispone: "El derecho de aprovechamiento se extinguirá total o parcialmente, según correspondiere, por el termino o notoria disminución de la actividad para cuya utilización fue concedido". Asimismo, el artículo Artículo 129 f) del proyecto establece que "Caducará el derecho de aprovechamiento, total o parcialmente, en los siguientes casos: a) Si no se utilizaren aguas durante tres años consecutivos; b) Si se da a las aguas una utilización diversa de la señalada en la concesión; c) Si se cede el derecho de aprovechamiento con infracción al artículo 129 d) (enajenación no autorizada del recurso)".

Se postula modificar el artículo n° 1°, numeral 24, de la Constitución Política del Estado: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o

constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre los mismos, con excepción del régimen que establezca la ley para el aprovechamiento de las aguas situadas al norte del Río Salado, ubicado en la Tercera Región".

Este proyecto de ley pasó en marzo de 1994 a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, y en julio, a la Comisión Especial de Estudio del Régimen Jurídico de las Aguas, la cual ya no existe por el cumplimiento de sus objetivos. El proyecto en estos momentos está durmiendo, sin Comisión que lo estudie.

Comentario:

El proyecto trata de sectorizar la legislación de aguas, adecuando su régimen a la zona arreica, árida y desértica del Norte de Chile. Cabe señalar que este régimen no debe afectar a las aguas de propiedad ancestral de los pueblos andinos, para lo cual, en caso de reactivarse el proyecto, debe presentarse una indicación que excluya a las aguas indígenas del régimen de caducidad impuesto por ella, particularmente si tenemos plena conciencia que el progresivo abandono de los pueblos andinos y las labores agrícolas se produce por la escasez y como consecuencia de la usurpación de aguas. Su progresiva recuperación hace incompatibles estas normas con la realidad. Veremos los detalles de esto más abajo.

ii.- Proyecto de Ley que establece requisitos para la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas

N° Boletín:	709-01
Fecha de Ingreso:	Miércoles 3 de Junio, 1992
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión especial régimen jurídico de las aguas
Diputados proponentes:	García García, René Manuel Jara Wolff, Octavio

Este proyecto impone la obligación de señalar, en la solicitud de los derechos de aprovechamiento de aguas, así como en la resolución que lo entrega "el plazo en el cual el solicitante se compromete a ejecutar las obras necesarias para ejercitarlo"

Luego inserta en el Código de Aguas el siguiente artículo 20 bis A: "El derecho de aprovechamiento adquirido o concedido durante la vigencia de esta ley caducará

por el incumplimiento de los plazos señalados en el artículo 149 N° 7 y 8, salvo que por resolución fundada de la autoridad competente sean prorrogados.

De la declaración de caducidad hecha por la autoridad competente se podrá recurrir de acuerdo al procedimiento establecido en el Código.

Asimismo dispone que quienes no estén actualmente utilizando aguas concedidas, tienen el plazo de un año para señalar “el plazo en que ejecutarán las obras necesarias para el ejercicio de sus derecho, ante la autoridad competente, bajo apercibimiento de caducidad por el sólo ministerio de la ley”.

Desde el 16 de abril de 1994, este proyecto "duerme" sin urgencia en la Cámara de Diputados, en la Comisión especial de Estudio de Régimen Jurídico de las Aguas, que ya no existe.

Nueva legislación de aguas:

Como es sabido, después de 13 años de tramitación del Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas, presentado por el Gobierno el Miércoles 9 de Diciembre de 1992, fue aprobada una reforma al mismo, que mitigaba el régimen excesivamente liberal del antiguo Código. La propiedad del agua separada de la tierra continúa vigente. También el derecho real de aguas como sistema de asignación. El agua sigue siendo gratuita para quien la solicite.

El nuevo cuerpo legal promueve de manera débil un uso racional y sustentable del recurso. Entre sus principales reformas, a partir del 1 de enero del 2006, considera el cobro de una patente por no uso de los derechos de agua existentes con el fin de desincentivar el acaparamiento y la especulación, monto que se ira incrementando en forma progresiva.

Hasta ahora, y a diferencia de otros países, el agua en Chile se otorgaba sin limitación de caudal. A partir de esta nueva ley será necesario justificar el caudal solicitado en función de la actividad económica a realizar y la Dirección General de Aguas del MOP podrá denegar aquellas peticiones que no se ajusten a la realidad.

También se perfecciona el mecanismo del remate de los derechos de agua con el fin de promover un acceso competitivo al aprovechamiento del recurso. Hasta ahora existía un plazo de tres meses para rematar un derecho de agua sobre el cual existía más de un peticionario. Este plazo se amplía a seis meses.

Con esta nueva legislación los conservadores de bienes raíces se verán obligados a informar al Ministerio de Obras Publicas sobre las inscripciones y transacciones de derechos de aguas que realicen los usuarios.

En la discusión en el Senado se agregaron otras consideraciones asociadas a temas rurales, tales como el agua potable rural y pequeños pozos. Se aprobó regularizar los pozos de pequeños agricultores que ocupen hasta 2 litros por segundo en el norte del país, incluida la Región Metropolitana, y hasta 4 litros por segundo en la parte sur de Chile que tiene más disponibilidad de agua.

Crítica a la nueva legislación:

Las reformas al Código de Aguas tuvieron una orientación ambiental, pero no recogieron la perspectiva de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas a recuperar el recurso usurpado, a administrarlo, y al justo reparto de beneficios. Entre los objetivos sociales del desarrollo sustentable se encuentra el respeto a la identidad y base material de la reproducción social de los pueblos indígenas. Muchas veces, por olvidarse este objetivo, los pueblos indígenas se han visto despojados de los recursos hídricos que son base de su supervivencia, sea por intereses de la minería, la creación de embotelladoras (como ocurrió en Mamiña), o por necesidades de abastecimiento de ciudades cercanas.

El *manejo integrado y sustentable del recurso hídrico*, debe ser cruzado por la variable cultural, antropológica, incluso religiosa. Veamos:

En tanto el agua es imprescindible para la supervivencia material y cultural de los pueblos indígenas, las decisiones relativas a su administración, deben respetar esa base material y cultural, so pena de condenar a los pueblos afectados a la extinción de su forma de vida.

Entre las variables que estas asociaciones deben respetar, desde una perspectiva antropológico jurídica, están:

- La propiedad de la tierra es inseparable del recurso hídrico. Para el mundo andino, la propiedad sobre la tierra es inseparable de las aguas. La petición indiscriminada de derechos de agua es la causa del abandono de territorios tradicionalmente habitados por indígenas en el Norte. Ello no sólo afecta a terrenos que son de propiedad comunitaria inscrita, sino también a territorios de uso ancestral en materia de pastoreo, como vegas y bofedales. La actual ley indígena congeló la petición de nuevos derechos de agua sin antes asegurar el acceso de las comunidades al recurso. Asimismo, los artículos 58 y 63 del Código de Aguas prohíben la exploración o explotación de aguas en acuíferos que alimenten vegas o bofedales en la I y II regiones. Asimismo, el artículo 64 de la ley indígena señala que se presume dueño de las aguas a la comunidad indígena en cuyos terrenos ella estuviere, sin perjuicio de derechos de terceros. En virtud de ello, cuando queden libres derechos de aguas, ellos deben quedar en manos de las comunidades por cuyos terrenos ellas pasan. Claramente existe un avance si se exige una patente por el agua utilizada, pero la reforma de

fondo es que la propiedad ancestral inseparable entre el agua y la tierra debe ser reconocida, no sólo entre indígenas.

- Reconocimiento de las formas de reparto de aguas en las comunidades indígenas. La administración de las aguas debe ser mediada por razones técnicas, pero estas deben ser mediatizadas y confrontadas con la costumbre indígena, toda vez que es impensable que estos pueblos hayan podido sobrevivir durante siglos, sin un elaborado sistema de reparto de agua. El uso eficiente del agua, es producido no solo por obras hechas por los indígenas, como canales, pozos, terrazas, y otros, sino también por la asignación del recurso rigurosamente reglamentada, sea por ciclos y medidas de tiempo (*wayke* –1 hora y media-, *chajta* –3 horas-, o *noche*), así como por turnos tradicionales (mitas ordinarias y mitas de algas, “aguas de pedir”, “aguas de costumbre”, etc.). Estas formas de reparto tienen la ventaja de ser muy variables, y de ajustarse a las realidades locales y temporales específicas de las comunidades involucradas.
- Reconocimiento de las autoridades tradicionales y religiosas en materia de aguas. Este punto es un verdadero desafío, pues el mundo andino tiene sus propias autoridades. El reconocimiento legal de estas autoridades y de sus decisiones, no necesariamente se produce por que se reconozca el imperio legal de la autoridad tradicional, sino que también por el simple hecho de que reconocer la participación indígena en las asociaciones de cuencas importa el reconocimiento de las formas tradicionales de participación. Lo contrario, es desconocer la identidad indígena y sus manifestaciones participativas en el marco de la administración integrada de cuencas hidrográficas, asunto que es muy común. En particular, ello viene presionado por el artículo 187 del Código de Aguas, que establece las comunidades de aguas, sin respetar las formas tradicionales de organización indígena en materia de aguas, y por ende, su forma de administración. En los hechos, ello provoca inseguridad jurídica en cualquier decisión que tome la comunidad indígena. Hoy, las comunidades pueden inscribir aguas a su nombre, pero las formas de votación siguen siendo por número de acciones de aguas que se detenten, mientras que en el mundo andino, se vota por igual (una persona un voto). Por lo menos la nueva ley entrega a la comunidad de aguas personalidad jurídica, pero no hay un reconocimiento de la comunidad indígena y de las autoridades del mundo andino como cogestionadoras o coadministradoras del recurso, lo que implica la necesaria coordinación entre el derecho occidental y el derecho propio.

b) Pesca:

i.- Proyecto que Modifica la ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, facilitando el acceso de las asociaciones indígenas a los recursos del mar⁷.

N° Boletín:	2894-21
Fecha de Ingreso:	Jueves 21 de Marzo, 2002
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapa:	Primer trámite constitucional
Subetapa:	Primer informe de Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos
Diputado proponente:	Escalona Medina, Camilo

Este proyecto pretende defender la forma de vida del pueblo mapuche lafkenche, cuyo desarrollo se encuentra ligado al mar y a la pesca artesanal, explotando, con ese fin, el borde costero en pequeñas comunidades de pescadores o algueros organizadas según la ley N° 19.253, de Fomento, Protección y Desarrollo de los Indígenas (Asociaciones Indígenas). Esa forma de asociación para la utilización de los recursos del mar no encuentra hoy respaldo jurídico, pues la ley N° 18.892, general de Pesca y Acuicultura limita el uso de las áreas de manejo a organizaciones de pescadores artesanales. Constituye una importante reivindicación de este pueblo originario el poder acceder al uso del borde costero (las áreas de manejo y explotación de los recursos bentónicos), a través de las asociaciones indígenas constituidas según lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de la ley N° 19.253, conformadas por miembros de dichas etnias inscritos en el Registro Pesquero Artesanal. Es lo este proyecto pretende remediar, además eximir del pago de patente productiva a estas asociaciones.

El proyecto se encuentra la Comisión de Pesca de la Cámara de diputados, desde el 21 de abril de 2002.

⁷ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2894-21

ii.- Proyecto de Ley modifica la ley N° 19.253, sobre pueblos indígenas, facilitando el acceso de sus asociaciones a los recursos del mar⁸.

N° Boletín: 2917-21
Fecha de Ingreso: Jueves 18 de Abril, 2002
Iniciativa: Moción
Cámara de origen: C. Diputados
Urgencia actual: Sin urgencia
Etapas: Primer trámite constitucional
Subetapas: Primer informe de Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos
Diputado proponente: Escalona Medina, Camilo

En la misma línea, anterior, se propone agregar un Párrafo 6° en su Título VIII a la ley N° 19.253, de Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas: "Disposiciones particulares para los pescadores artesanales indígenas. Artículo 77 A: Se entenderá por pescadores artesanales indígenas, aquellos que reúnan los requisitos del artículo 2° de esta ley y se encuentren inscritos en el Registro Artesanal a que hace referencia el numeral 40) del artículo 2° del Decreto Supremo N° 430 de 1991, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.892, general de Pesca y Acuicultura y sus modificaciones.

Artículo 77 B: Las asociaciones a que se refiere la letra c) del artículo 37, integradas por pescadores artesanales indígenas, podrán postular, en ese carácter, al régimen denominado "Áreas de Manejo y Explotación de Recursos Bentónicos", señalado en la letra d) del inciso primero del artículo 48° del citado Decreto Supremo N° 430 de 1991.

El reglamento determinará la forma en que esto tendrá lugar, señalará un límite a la extensión de dichas áreas y establecerá normas especiales acerca del pago de la patente única respectiva".

El proyecto se encuentra sin urgencia, en la Comisión de Constitución, desde el 18 de abril de 2002.

⁸ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2917-21

iii. PL de sobre Pesa Deportiva⁹

N° Boletín:	3424-21
Fecha de Ingreso:	Martes 2 de Diciembre, 2003
Iniciativa:	Mensaje
Cámara de origen:	C.Diputados
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapa:	Primer informe de Comisión de Pesca, Acuicultura e Intereses Marítimos

El proyecto de ley en estudio, pretende comprender en un solo texto legal la actividad denominada pesca recreativa que también reglamentaba la Ley General de Pesca y Acuicultura, pero que denominaba pesca deportiva y cuyos objetivos básicos, según el mensaje son los de asegurar la sustentabilidad del ejercicio de la actividad de pesca recreativa y fomentar las actividades turísticas y económicas asociadas y que se encuentran relacionadas con los principios de conservación, descentralización, planificación territorial, participación y flexibilidad .

El texto legal está distribuido en ocho títulos y disposiciones transitorias, en las que se regulan las condiciones generales para el ejercicio de la pesca recreativa; las medidas de administración; las aguas especialmente reguladas para la actividad; los guías de pesca; la educación y difusión; la fiscalización, infracciones y sanciones.

La normativa se aplicará a las aguas terrestres, aguas interiores, mar territorial y zona económica exclusiva. Las actividades sometidas a regulación son la pesca recreativa y la caza submarina.

Esta práctica se diferencia de la pesca comercial, de acuerdo al texto legal, puesto que es ejercida sólo por personas naturales, con aparejos de pesca personales y sin fines de lucro. Los pescadores deberán tener una licencia, que se clasificará por área geográfica, especie hidrobiológica y periodo de vigencia. Habrá que pagar para obtener este permiso, aunque habrán exenciones para menores de 12 años y personas con discapacidad física o mental.

Asimismo, se establecen áreas preferenciales para el desarrollo de esta actividad, determinadas por razones turísticas y de características hidrobiológicas. Estas zonas serán determinadas por el Gobierno Regional. Las áreas preferenciales tendrán una duración de 20 años y serán renovables. Asimismo, se prescribe la desafectación del área si en el plazo de 5 años desde su declaración, la municipalidad no ejerce su administración conforme a un plan de manejo aprobado por el Director Zonal, o si el Gobierno regional no entrega dicha administración a un terceros.

⁹ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3424-21

La municipalidad fiscalizará el área a través de inspectores municipales o inspectores ad honorem. Además, se exigirá un permiso especial para ejercer la pesca recreativa en estas zonas.

Para resguardar el acceso igualitario de todos los pescadores, se mantendrá un sistema permanente de oferta pública, se regula la publicidad de monto de los derechos a cobrar y se prohíbe modificarlo más de una vez al año. Por otra parte, se establecen permisos especiales reservados para los operadores de pesca, quienes tendrán un derecho preferente para la obtención de al menos un 30% de los permisos especiales para el ingreso en áreas preferenciales.

Los guías de pesca podrán solicitar que el Servicio Nacional de Pesca los acredite y otorgue una credencial.

El proyecto de ley indica además que se propenderá a la enseñanza en los colegios de la importancia de la pesca recreativa y del respeto del ecosistema. Adicionalmente, se prevé para el Ministerio de Economía la obligación de elaborar y difundir un manual con prácticas responsables y seguras de pesca recreativa.

En materia de fiscalización, se mantiene la competencia del Servicio Nacional de Pesca y del personal de Armada y Carabineros, además de los inspectores ad honorem. También se agrega la competencia de inspectores municipales y guardaparques.

Las sanciones estarán estructuradas de acuerdo a faltas menos graves, graves y gravísimas, y corresponden a multas que serán aplicadas por el tribunal competente e irán a beneficio municipal .

El proyecto está siendo analizado en la Comisión de Pesca.

Comentario al proyecto de ley de pesca deportiva:

En marzo de 2004, Felipe Sandoval, Subsecretario de Pesca, señaló que la regulación de la pesca recreativa traería ganancias de hasta 10 millones de dólares al año, lo que contribuye al desarrollo económico de las comunas más pobres, porque los ríos se encuentran en comunas alejadas, las que tendrán más actividad económica y empleo.

Luego, el Director del Servicio Nacional de Turismo, Oscar Santelices manifestó que el proyecto potenciará la actividad económica por ingreso de divisas y generará más empleo. Agregó que “si hoy generamos entre 10 y 13 millones de dólares anuales, rápidamente podemos subir a 100 o 200 millones de dólares en un corto periodo de años”. “Hay que buscar un mecanismo para las licitaciones y

planes de manejo que deben reglamentarse adecuadamente para que no se conviertan en trabas”, destacó.

Mientras el diputado Venegas, señaló que hay temores porque la administración municipal “podría producir un grado de tráfico de influencias, de desprecio por lo que realmente se quiere, que es la mantención de las especies, y que se convierta en una fuente de comercio especulativo para algunos que el municipio podría derivar como concesionarios municipales”.

Para Claudio Meyer Vargas, Profesor Asistente, Universidad de Concepción¹⁰, el principal defecto es que, para financiar la fiscalización de las aguas, el proyecto considera licitar los mejores ríos y lagos del país, de modo que deba pagarse una licencia diaria a un concesionario para poder pescar estos tramos, y que se cobraría un valor que en general no será superior a los \$20.000 diarios, lo cual sigue siendo accesible para un gran porcentaje de la población. Señala que “Un problema histórico que han tenido los pescadores en Chile, que es aquél del acceso a las orillas de ríos y lagos; no sólo no se menciona ni resuelve en este Proyecto, sino que se lo agudiza debido al mecanismo de las concesiones, ya que éstas restringen el acceso por capacidad de pago. Finalmente, no se menciona a los ribereños, que usan ríos y lagos para su subsistencia, degradando a la vez las pesquerías, pero que también proveen acceso a éstas”.

Señala Vargas que la “Federación de Caza y Pesca de Chile, obvia representante de un gran número de pescadores deportivos chilenos y que debiera participar en cualquier Proyecto sobre la materia, ¡ni siquiera fue invitada a las reuniones!”

Opinión sobre todos los proyectos de ley sobre pesca:

Aquí debemos señalar que existen dos recursos naturales que se encuentran comprendidos en la legislación que analizamos. Uno es el recurso hidrobiológico. El otro es el recurso borde costero. Ambos son imprescindibles para la supervivencia del pueblos mapuche lafkenche y mapuche williche, pueblos pesqueros.

La legislación que hemos analizado debe ser rechazada y reformada desde sus cimientos. Los aspectos legales envueltos están constituidos preferentemente por derechos humanos del pueblo mapuche lafkenche conculcados actualmente por el Estado y la sociedad chilena.

- **El primer problema que acontece es que la Ley de Pesca y Acuicultura profundiza la usurpación de territorio ancestral mapuche lafkenche y mapuche williche.** Estos pueblos eran dueños y señores inmemoriales de esas aguas y del borde costero. La Ley de pesca los considera como

¹⁰ <http://www.granvalparaiso.cl/actualidad/gobierno/41.htm>

simples pescadores artesanales, desconociendo el rol que juega la tierra, el mar y los recursos hidrobiológicos en su sistema de vida. Los mapuche lafkenche y mapuche williche no deberían tener un simple derecho de acceso al mar, sino que deberían tener un derecho preferente y fuerte no sólo sobre el borde costero, sino también a explotar los recursos hidrobiológicos.

- **Paralelamente, los pueblos indígenas pescadores deberían ser consultados y eventualmente, debería pedirse su consentimiento previo ante cada modificación de la ley de pesca que les afecte**, principio que nace del Convenio 169 de la OIT, conocido como el consentimiento informado previo colectivo. Este derecho dice relación con su autonomía como pueblo.
- **Asimismo, los pueblos pescadores tienen un derecho a la gestión de los recursos naturales que le sirven de sustento material.** Gestión es lo mismo que administración, por lo que los planes de manejo, las vedas, y las limitaciones a artes de pesca no sustentables, deben ser aprobadas no sólo por el Sernapesca, sino también por las autoridades tradicionales del pueblo mapuche lafkenche. Ello también dice relación con la depredación de los recursos naturales. El mismo Convenio de Diversidad Biológica de la ONU, que hoy es ley interna del Estado de Chile, reconoce a los pueblos indígenas el aporte que ellos pueden hacer a la conservación de la biodiversidad, incluso la marina, pues son conocedores privilegiados de ella, al relacionarse de forma sustentable con el medio ambiente por miles de años. Todo ello sin perjuicio del reparto equitativo de beneficios como todo recurso natural.
- **Finalmente, consideramos que la Ley de Pesca es un instrumento etnocida**, pues no vela por la supervivencia cultural del pueblo mapuche lafkenche y del pueblo mapuche williche. Como señaló Armando Marileo, “no es sólo un problema económico, cómo piensan algunos, (...) sino de nuestra relación espiritual, cultural y social con el mar. Los mapuche lafkenche hacemos ceremonia religiosa, nuestra espiritualidad está vinculada con el mar”. Cortar los lazos de los pueblos pescadores con el mar implica eliminar sus costumbres y creencias, desestructurarla hasta que desaparezca de la memoria colectiva su identidad como pueblo espiritualmente diferenciado.
- **Ahora, respecto a la imposición de la forma externa de organización de pesca artesanal**, los mapuche lafkenche y mapuche williche tienen una forma tradicional de organizarse, como son las comunidades indígenas. Las organizaciones de pescadores artesanales no se ajustan a su forma tradicional de organizarse. Si los mapuche lafkenche se sometieran a la forma wigka o k'ara de organización, perderían una serie de patrones culturales. Las autoridades tradicionales tienen una dinámica propia de

funcionamiento, de elección y de legitimación, que pasa por lo social, lo cultural y lo económico. Toda esa compleja red de relaciones se ve reducida y finalmente negada si se les impone una forma de organización wigka o k'ara.

Algo parecido ha ocurrido con otra ley sectorial, como señalábamos más arriba, que es el Código de Aguas, cuyo art. 187 establece las comunidades de agua sin respetar la formas tradicionales de organización aymara, ni las medidas de administración de los recursos hídricos.

Pero esta no es la única forma de atentar contra los patrones culturales de los pueblos pescadores. Mirando el asunto cuidadosamente, las asociaciones de pescadores artesanales son personas jurídicas de derecho privado, mientras que las comunidades, postulan, con toda justicia a tener una naturaleza pública. Comprenderá Ud. que un *ngenpin*, o un *lonko*, es muy diferente a un presidente de sindicato de pescadores artesanales. Los mapuche lafkenche y mapuche williche tiene su propia cultura, su propio derecho, sus propias autoridades políticas y religiosas, su propia organización social. Muchos de ellos postulan, con total acuerdo y en plena aplicación del Derecho Internacional, a la autonomía como pueblo. Claramente, el que se les obligue a asociarse como simples pescadores artesanales se convierte también, en un obstáculo a sus legítimas aspiraciones como pueblo.

- **Respecto al pago de patente por las áreas de manejo**, no estamos ante una discriminación positiva, como podría pensarse superficialmente. Cuando uno habla de discriminación positiva, hace mención a privilegiar a un grupo históricamente discriminado para que acceda determinados puestos, o beneficios. Aquí hay claramente un grupo discriminado, pero, por el contrario, no existe un beneficio, o un privilegio. Ellos sufrieron la usurpación de su territorio ancestral, por lo que simplemente se les debería devolver lo que ya les pertenecía. La exención del pago entra en la lógica de lo propio: nadie puede cobrarme por el uso de lo que es mío. Si alguien me devuelve lo que me robó, no estoy en presencia de un privilegio, sino ante el restablecimiento de mi derecho que fue violado.

Paralelamente, esta medida es inequitativa, leonina, pues los pueblos pescadores son en general muy pobres. Aunque el problema no es sólo la patente, sino también, el área de manejo. Las áreas de manejo son medidas de administración que se aplican en la zona exclusiva de pesca artesanal. Las proponen los pescadores artesanales, en conjunto con centros de investigación, generalmente asociados a universidades. Los planes de manejo son carísimos, y dada la pobreza estructural que aqueja a los mapuche lafkenche, me pregunto cómo harán frente a todos estos gastos.

- **Los indígenas hacen un uso natural y culturalmente sustentable.** El sistema puede garantizar su existencia entregándoles cuotas de pesca suficientes, acceso a los recursos, y el poder de decretar en conjunto con los demás actores medidas de administración de recursos hidrobiológicos, pero la ambición empresarial y la desidia gubernamental son tales, que ni siquiera este mínimo esfuerzo es implementado.

- **Los fundamentos legales de estos derechos de los pueblos sobre el borde costero y los recursos hidrobiológicos no dicen relación con una mera propiedad de derecho privado sobre ellos.** A la luz del derecho internacional son derechos más amplios, que dicen relación con su categoría como pueblo indígena, que la otorga el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y tribales de la OIT. Como pueblo, tienen derechos más intensos, que abarcan derechos de naturaleza privada como potestades de derecho público. Esto se relaciona con el derecho a su territorio ancestral, a ser resarcidos de la usurpación (art. 13 y 14 del Convenio 169), a que se reconozca su propio derecho, sus propias autoridades, con competencias plenas en su territorio(art. 7), a consentir las políticas de desarrollo pesquero que implemente el gobierno (art. 7), a que tengan derecho a utilizar, conservar y administrar los recursos pesqueros (art. 15), etc. No es una simple propiedad de derecho privado, sino que está cruzada de reivindicaciones políticas y de derechos colectivos a la autodeterminación.

- **Los fundamentos legales no dicen relación con una mera propiedad de derecho privado sobre las zonas costeras donde viven.** A la luz del derecho internacional son derechos más amplios, que dicen relación con su categoría como pueblo indígena, que la otorga el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y tribales de la OIT. Como pueblo, tienen derechos más intensos, que abarcan derechos de naturaleza privada como potestades de derecho público. Esto se relaciona con el derecho a su territorio ancestral, a ser resarcidos de la usurpación (art. 13 y 14 del Convenio 169), a que se reconozca su propio derecho, sus propias autoridades, con competencias plenas en su territorio(art. 7), a consentir las políticas de desarrollo pesquero que implemente el gobierno (art. 7), a que tengan derecho a utilizar, conservar y administrar los recursos pesqueros (art. 15), etc. No es una simple propiedad de derecho privado, sino que está cruzada de reivindicaciones políticas y de derechos colectivos a la autodeterminación.

No obstante no tenemos Convenio 169 en Chile, en virtud de otros tratados, como el Pacto de San José de Costa Rica, se han reconocido cada uno de estos derechos, por la vía de reclamar la violación de derechos individuales, en su faz colectiva. Es una estrategia legal exitosa, y muchos indígenas americanos han conseguido la condena de los Estados Partes por violaciones a los derechos humanos. Respecto al problema que sufre el pueblo mapuche lafkenche, el caso más emblemático lo puede constituir el caso Awas Tingni, promovido contra el Estado de Nicaragua, por no

reconocer los derechos territoriales del pueblo sumo ante proyectos inmobiliarios. Lo importante de la sentencia, del año 2001, es que reconoce un derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales, que no nace del derecho nacional actual, ni tampoco de títulos españoles, sino que del derecho nativo, vale decir, el derecho de propiedad de los indígenas es especial pues nace de su derecho consuetudinario, de su derecho propio. Las características de este derecho de propiedad colectiva se cruzan por su propia cultura, y no por la chilena. En conjunto con otras sentencias de la Corte Interamericana, o de opiniones consultivas, se puede armar un muy buen catastro de derechos que actualmente detentan los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. Incluso más, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de la ONU, en su artículo 27, establece derechos de minorías étnicas nacionales y religiosas. Las observaciones generales de su aplicación, realizadas por la misma ONU, establecen que este artículo pequeño permite que los pueblos indígenas, por causa de preservar su cultura, tengan incluso derechos sobre los recursos naturales que utilicen tradicionalmente.

Todos estos derechos entran a ser derecho vigente para el estado de Chile, pues en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, los tratados de derechos humanos ratificados por Chile, son derecho interno y vigente en Chile.

Estas son las líneas generales que deberían fundar el diálogo con el Estado a la hora de emprender un proceso de consentimiento y consulta de un proyecto de ley que afecte a los pueblos pescadores.

Debemos tener finalmente en cuenta que existen pueblos no expresamente reconocidos por la ley indígena, como el pueblo chango del Norte de Chile, que está en pleno proceso de autoorganización y recuperación de sus patrones culturales (etnogénesis) que deben aspirar al reconocimiento y práctica de aquellos derechos que estén ligados a la pesca.

c) Bosques:

i.- Recuperación del bosque nativo y de fomento forestal¹¹.

N° Boletín:	669-01
Fecha de Ingreso:	Martes 28 de Abril, 1992
Iniciativa:	Mensaje
Cámara de origen:	C.Diputados
Etapas:	Segundo trámite constitucional
Subetapas:	Segundo informe de Comisión de Hacienda

Este proyecto se presentó en el ánimo de solucionar la situación de deterioro en que se encuentran las diversas formaciones vegetales nativas y especialmente el bosque. La historia de sus uso es una secuencia de hechos que han llevado a su creciente empobrecimiento. Su texto tenía los ss. objetivos

1.- Crear un texto legal único que defina, señalando derecho y obligaciones, las normas que regulan el uso y aprovechamiento de las diversas formaciones vegetales naturales que cubren el país.

2.- Actualizar la normativa existente incorporando en este nuevo texto diversos elementos principalmente referidos a aspectos ambientales que hasta el momento se encontraban ausentes.

3.-Adecuar la tipificación vegetacional a los conocimientos existentes, estableciendo dos categorías básicas: tipos forestales y formaciones xerofíticas con sus consiguientes normativas de uso. Con esta medida se pretende dar adecuada respuesta a necesidades ecológicas absolutamente distintas a los criterios forestales clásicos, como son las correspondientes a las de las zonas áridas y semiáridas.

4.-Adecuar la normativa de utilización de los recursos vegetacionales nativos para facilitar el uso y la fiscalización, siempre dentro del marco de los nuevos conocimientos generados.

5.-Establecer, por primera vez, un estatus jurídico y de aprovechamiento distinto para las especies cuya conservación se encuentra amenazada. Por esta misma vía se establece la obligatoriedad de estudiar y definir periódicamente el listado de estas especies.

6.-Entregar mayores alternativas de sanción a los jueces de policía local de modo de facilitar su accionar y lograr una más justa aplicación de la ley.

¹¹ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?669-01

7.-Definir con claridad lo que se considera bosque nativo, diferenciándolo de aquellas formaciones que, habiéndolo sido, ya no poseen los atributos para ser considerados como tales.

Un documento de la Red de Bosque Nativo nos muestra cómo se ha tramitado esta ley a lo largo de 13 años: “Desde su origen, el PLBN permaneció cerca de 2 años en la Cámara de Diputados, siendo aprobado finalmente en enero de 1994. Hasta entonces ya había sufrido dos indicaciones sustitutivas por el ejecutivo. En marzo de 1994 el PLBN pasó al Senado, siendo derivado a las comisiones de Agricultura y Medio Ambiente y de Bienes Nacionales. Durante este período surgieron nuevas indicaciones sustitutivas –ahora por parte del Presidente Eduardo Frei- que estuvieron centradas en los objetivos de protección y recuperación del bosque nativo estimulando el manejo bajo el concepto de ordenación forestal y dando un nuevo enfoque a la sustitución: primero mediante mecanismos de impuestos y luego (en julio de 1999) restringiendo su aplicación sólo a casos excepcionales y bosques degradados. Ello tuvo como consecuencia que el análisis del PLBN fuese suspendido hasta el envío de una nueva indicación por parte del Ejecutivo, pues la prohibición de la sustitución de bosque nativo, según argumentaron algunos senadores, vulneraba el texto constitucional respecto al derecho de propiedad garantizado por el Artículo 19°, N°24 de la Constitución Política.

Durante todo este período (1992-1998) las instancias de debate generadas por los gobiernos de la Concertación en torno al PLBN estuvieron marcadas por la falta de un proceso de análisis y reflexión colectiva, quedando restringida la discusión solo a un grupo minoritario del sector forestal (MINAGRI, CONAF, INFOR, ODEPA, MUCECH y CORMA). Esta falta de participación, sumada a la escasa organización manifestada hasta entonces, llevó a que, a fines del '99, un grupo de ONG's y profesionales, tanto del área forestal como jurídica, formaran la denominada "Coalición Técnica¹", instancia de trabajo conjunto y posicionamiento común respecto al PLBN. Como resultado, en marzo del mismo año se redactó un documento alternativo al proyecto de ley, que sirvió de alerta al gobierno para dar paso a su reformulación.

En respuesta a la iniciativa tomada por la Coalición, en enero del 2001, el gobierno invitó a sus integrantes -incorporando, además, a Defensores del Bosque Chileno- a participar en una mesa de discusión (conocida luego como “Mesa Forestal”) junto a representantes de organismos del estado y empresas, con la finalidad de acercar posiciones entorno al PLBN², y así generar un documento que concitara un amplio respaldo y pudiera ser rápidamente aprobado por el Congreso Nacional. Tras seis meses de discusión, y por primera vez en la historia del PLBN, se llegó a validar un “Protocolo de Acuerdo” el cual fue ratificado en el Palacio de la Moneda junto al Presidente de la República.

Luego de la firma del Protocolo, el Gobierno envió la versión consensuada del PLBN al Ministerio de Hacienda para su análisis. Lo que representaba una

importante señal en materia de participación ciudadana y un tremendo avance para el desarrollo nacional ya que una ley redactada según el protocolo acordado permitiría simultáneamente resolver tres grandes problemas: 1) Promover la conservación y recuperación del bosque nativo; 2) Aumentar los ingresos de las personas y empresas que son propietarios de bosques y; 3) Generar empleo y oportunidades en comunidades campesinas e indígenas, contribuyendo de esta manera a la superación de la pobreza rural.

Sin embargo, dos años más tarde el documento salió de Hacienda completamente transformado, cambiando sustantivamente el fondo de los acuerdos generados en la Mesa Forestal. A pesar de ser ampliamente rechazado este documento fue enviado en junio del 2003 al Congreso Nacional, reanudando así la tramitación parlamentaria del PLBN y, con ello, un nuevo período de debates, reformulaciones y divergencia en las posturas de gran parte de los organismos que participaron en la Mesa Forestal, las que fueron manifestadas en el Congreso Nacional a las Comisiones Unidas de Agricultura y Medio Ambiente del Senado.

Durante el año 2003 las comisiones conjuntas de Agricultura y de Medio Ambiente del Senado, recibieron observaciones y comentarios de las organizaciones ambientales, gremiales, ciudadanas y de servicios públicos. En abril del 2004 estas comisiones dieron a conocer una nueva versión (Primer Informe) que recopilaba y plasmaba, en cierta medida, los argumentos presentados durante el año 2003. Ello fue recibido como una señal positiva de acercamiento a los acuerdos transversales alcanzados en el año 2001 por la Mesa Forestal.

No obstante, el escenario se complicó negativamente otra vez a partir de agosto de 2004, cuando se conoció una nueva versión del PLBN (Segundo Informe) que incorpora indicaciones, esta vez con una clara influencia de la Sociedad Nacional de Agricultura (SNA). En esta versión nuevamente vuelven a prevalecer posturas extremas -como el apoyo a la sustitución del bosque esclerófilo y la autorización a la corta de especies declaradas Monumentos Naturales- vulnerando con ello los acuerdos ya alcanzados y dejando en mal pie las posturas de amplio consenso construidas durante años”.

La Red de Bosque Nativo ha realizado un examen del actual texto del proyecto, el cual tendría las ss. deficiencias:

“1. Definiciones.

De las definiciones que se encuentran consignadas en el Artículo nº 2 del PLBN deben ser modificadas las siguientes:

a) **Artículo 2º N° 1:** La actual definición de bosque, junto con alejarse del carácter ecosistémico que debieran tener los bosques (al quedar supeditados a una altura mínima), excluye de manera arbitraria y sin justificación alguna a los bosques ubicados en la pequeña propiedad campesina cuya superficie, en el mayor de los

casos, no alcanza los cinco mil metros cuadrados². En consecuencia, la mayoría de las familias campesinas quedarían excluidas de los incentivos que contiene el PLBN.

b) **Artículo 2º N° 4:** En la definición de bosque nativo de conservación y protección el aumento de la pendiente de 45 a 60% como parámetro restrictivo para la explotación, representa un grave retroceso en materia de normativa, en particular respecto de la Ley de Bosques de 1931. Al aplicar esta definición una superficie significativa de bosques de alto valor ecológico podrían pasar a ser bosques de uso múltiple y, por lo tanto, proclives de ser explotados para fines madereros.

c) **Artículo 2º N° 11:** En la definición de especies nativas o autóctonas se deben considerar a todas las especies vegetales que forman parte del ecosistema y no sólo aquellas de carácter arbóreo y arbustivo.

2. Sustitución de Bosque Nativo

La sustitución del bosque nativo está consignada en los artículos N° 8, 20 y 21 del actual PLBN, respecto de los cuales se proponen las siguientes modificaciones:

a) **Artículo 8º:** Tal como está redactado faculta al Estado a permitir la sustitución de bosque nativo por plantaciones en todos aquellos casos en que no esté expresamente prohibido por esta ley. Con ello se estaría vulnerando el punto quinto del Protocolo de Acuerdo suscrito por la Mesa Forestal.

b) **Artículo 21º:** Este artículo autoriza de manera explícita la sustitución de bosque esclerófilo por plantaciones frutales en las regiones IV, V, VI, VII, VIII y Región Metropolitana. Junto con pasar a llevar los acuerdos adquiridos, con esta normativa el Estado está validando la sustitución de bosque nativo en una de las 25 zonas de máxima importancia para la biodiversidad en el planeta, dada su alta concentración de especies endémicas (cercana al 45% en el caso de las plantas). Este tipo de prácticas en ecosistemas en peligro de conservación desconoce acuerdos internacionales firmados y ratificados por Chile. Por otra parte, no corresponde establecer condiciones de cambio de uso de suelo para habilitaciones agrícolas en este proyecto de ley que tiene como objetivo principal la recuperación aumento y protección de los bosques nativos del país.

c) **Artículo 22º:** Bajo su actual redacción permite la sustitución de los siguientes tipos forestales específicos: siempreverde, roble-raulí-coihue, roble-hualo, coihue-raulítepa y esclerófilo. Estos tipos forestales representan en su conjunto la mayor superficie de bosque nativo del país y, a su vez, son los que presentan en la actualidad las mayores presiones por sustitución y/o transformación.

3. Corta de Monumentos Naturales y Especies en Categoría de Conservación

Artículo 19º: Este artículo autoriza la corta de todas las especies declaradas Monumentos Naturales sin considerar su estado de conservación y más aún permite la utilización de maderas muertas. Este artículo es completamente contrario al espíritu que da origen a este proyecto de ley cuyo objetivo es el fomento y recuperación del bosque nativo.

4. Sistema de Bonificación y Financiamiento

El sistema de concursos públicos para optar a incentivos de manejo de bosque nativo contraviene al Protocolo de Acuerdo del 2001 en su punto cuarto, ya que

atenta contra la simplicidad de los mecanismos de asignación. Este aspecto es determinante en la accesibilidad de los pequeños propietarios forestales respecto de los incentivos. La concursabilidad vuelve incierta la recuperación de los costos en que ya habrán incurrido los propietarios, los que solo serán recuperados en la medida que ganen el concurso. La eficacia de un incentivo con estas características es muy discutible.

Tampoco existe consenso sobre los montos que debieran ser asignados a cada una de las actividades sujetas a incentivo, por lo que se corre el riesgo de que en la práctica las bonificaciones no generen los impactos que se persiguen”.

A finales de abril de 2005 el Gobierno manifestó su intención de presentar indicaciones al Proyecto de Ley de Bosque Nativo, reactivándolo. Las nuevas indicaciones tendrían los ss. Objetivos:

- Introducir la categoría de Monumento Natural a la legislación interna y regularla de manera específica.
- Clasificación de especies nativas mediante el proceso de SEIA de la Ley de Medio Ambiente
- Activar la Ley del Sistema Nacional de Áreas Protegidas
- Remuneraciones para el personal de CONAF¹²

Existe un lobby intenso en la actualidad para que las disposiciones que presente el Gobierno durante el 2º semestre sean adecuadas, y no violen el compromiso de la Mesa Forestal, no obstante la manifestación de buenas intenciones del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Opinión:

Los vaivenes de la Ley de Bosque muestran como el nivel de poder del sector empresarial forestal.

Lo que interesa mostrar aquí es cómo llegamos a esta coyuntura sin mayor poder de influencia, el punto que la Ley de Bosque Nativo se ha tramitado prácticamente sin nuestra presión en el Congreso. Claramente las recomendaciones de la Red de Bosque Nativo deben ser evaluadas autónomamente por los pueblos afectados, sin perjuicio de que a primera vista parecen ser positivas. No obstante el texto actual del proyecto merece las ss. opiniones.

Se recomienda que los conceptos de ordenación forestal y plan de manejo forestal no se realicen velando sólo por la sustentabilidad ambiental y factores económicos. La multifuncionalidad de los bosques implica considerar los factores y efectos culturales de su explotación. Los planes de manejo deben establecer

¹² Corporación Nacional Forestal <http://www.conaf.cl/>

medidas de prevención y cuidado de esos factores y funciones, en igualdad con el factor económico, y en casos en que se comprometa gravemente la supervivencia de pueblos y su forma de vida, debe primar por sobre el factor económico.

Deben establecerse medios eficaces de cuidado y resguardo de los productos no maderables del bosque nativo, entre los que se encuentran frutos arbustos, especies vegetales de uso medicinal, entre otros.

Los mismos factores culturales deben ser relevantes a la hora de asignar los Fondos de Conservación y manejo sustentable, para efectos de bonificar zonas taladas con alto compromiso de la forma de vida de los pueblos indígenas, y no bonificar preferentemente sólo las zonas de alto valor ecológico.

En el Consejo consultivo del Bosque Nativo, debe haber un miembro indígena, elegido por las organizaciones y autoridades de los pueblos afectados con la tala de bosque nativo. Por cierto, esto en nada debe afectar el derecho de los pueblos a coadministrar los recursos forestales, y a la co-fiscalización.

Los recursos para la investigación del Bosque Nativo que serán de cargo del Fisco a través de la Ley de Presupuestos, deben destinarse también a encontrar formas de manejo sustentable desde la perspectiva ecológica y cultural.

Sin bosque nativo, el pueblo mapuche pierde gran parte de sus patrones culturales. La existencia de bosque de pinos, de monocultivos y transgénicos causan impactos ambientales y culturales suficientemente estudiados. Los pueblos deben reunirse y tener una postura y propuesta concreta frente a los artículos del proyecto. Han pasado 13 años, pero todavía no es tarde. El proyecto todavía no se ha votado en la Comisión, ni votado en la Sala del Senado, ni tiene urgencia, aunque todo indica que en unos meses más la tendrá.

ii.- Proyecto de ley que modifica el decreto ley N° 701, de 1974, sobre fomento forestal, en lo relativo a los conceptos de forestación y reforestación¹³.

N° Boletín:	3228-01
Fecha de Ingreso:	Martes 29 de Abril, 2003
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	Senado
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisiones de Agricultura y de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, unidas
Senadores proponentes:	Romero Pizarro, Sergio Horvath Kiss, Antonio

Este proyecto de ley tiene por fin reforzar el DL 701, del cual se dice ha permitido “forestar 1.100.000 hectáreas de bosques nuevos desde 1976 a la fecha y que 410.000 hectáreas de bosque han sido manejadas gracias a este mismo instrumento legal”. No obstante, señala que existen 48.334.000 Hás con procesos y/o riesgos de Desertificación. Asimismo, quedan aún extensas áreas por forestar que representan una superficie de 4.000.000 de hectáreas, de las cuales 2.000.000 son de pequeños y medianos propietarios y comunidades agrícolas e indígenas.

Es por ello que se propone un nuevo concepto en este proyecto: La reforestación por etapas, que permite aprovechar el abrigo que proveen las especies plantadas primero y plantar en la segunda etapa especies de mayor valor económico, ambiental y social como lo son por ejemplo las especies de bosque nativo que no prenden o resulta muy onerosa su plantación con métodos de protección individual, permitiendo la alternativa de generar bosques heterogéneos y de mayor estabilidad ecológica y de reconstituir el bosque nativo.

El proyecto define forestación como “la acción de poblar, de una vez o gradualmente, con especies arbóreas o arbustivas terrenos que carezcan de ellas, o que, estando cubiertos de dicha vegetación, ésta no sea susceptible de ser manejada, para constituir una masa arbórea o arbustiva con fines de preservación, protección o producción”.

A su vez define reforestación como “la acción de repoblar, de una vez o gradualmente, con especies arbóreas o arbustivas, mediante siembra, plantación o manejo de la regeneración natural, un terreno que haya estado cubierto con bosque y que haya sido objeto de explotación extractiva con posterioridad al 28 de octubre de 1974”.

¹³ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3228-01

Opinión:

El DL 701 establece la exigencia de mantener la superficie forestal del país y define, a través de su reglamento, las normas sobre uso de los bosques. Crea un sistema de subsidios como herramienta de fomento, a través de la bonificación por forestación en terrenos de aptitud preferentemente forestal, por estabilización de dunas, por actividades de manejo forestal y reforestación. Asimismo, dispone un régimen tributario de excepción, en lo relativo al impuesto territorial, al impuesto a la renta y al impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

Más allá de si este proyecto de ley puede no facilitar la reforestación, interesa hacer una crítica a la norma, para ver de qué manera los pueblos pueden hacer una propuesta sustentable para recuperar bosque nativo, y desincentivar la reforestación con pinos y otras especies exóticas que tanto daño producen al ecosistema y a la cultura.

Lo primero que se le critica al DL 701 es que la tabla de costos a bonificar por la reforestación no se hace tomando en cuenta los costos reales de la reforestación sino que de acuerdo a una tabla de costos que elabora anualmente Conaf, y que dista bastante de la realidad, especialmente cuando se trata de forestar con especies nativas, mucho más caras y difíciles de conseguir que el pino o el eucalipto.

Además no hace prácticamente ninguna diferencia entre la forestación con bosque nativo y la plantación con especies exóticas, por lo que puede usarse para fomentar la reforestación con bosque nativo, pero no necesariamente.

A mayor abundamiento, está enfocado para favorecer sobre todo a los pequeños propietarios con terrenos deforestados antes de 1974, cuando entró en vigencia este Decreto Ley.

Finalmente, al inicio es el propietario del predio quien debe correr con los gastos, que serán devueltos en un plazo variable por la Conaf y en dos partes: el 75 por ciento una vez que se certifique que se efectuó la plantación de los árboles, y el 15 por ciento restante transcurridos dos años de la reforestación, cuando un nuevo estudio certifique que los árboles están creciendo sin problemas.

Vemos que el DL 701 opera como un incentivador de reforestación de especies exóticas, que beneficia a grandes capitales. Informes del Ministerio de Agricultura señalan que los años de expansión y mayor crecimiento coinciden con los periodos de mayor consumo del bosque nativo, considerando la leña y el consumo industrial.

Por lo tanto, vemos el desafío de la reforma integral del DL 701, para hacerlo coherente con una explotación forestal respetuosa de los derechos de los pueblos, para lo cual los pueblos deben consensuar propuestas para obtener

reforestación de bosque nativo de manera tal que favorezca su supervivencia (la de los pueblos) y no sólo buenos negocios.

iii.- Proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Desarrollo Forestal y el Servicio Nacional Forestal¹⁴

N° Boletín:	2265-01
Fecha de Ingreso:	Jueves 10 de Diciembre, 1998
Iniciativa:	Mensaje
Tipo de proyecto:	Proyecto de ley
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapa:	Segundo trámite constitucional
Subetapa:	Discusión general

El propósito fundamental de esta iniciativa es establecer una nueva institucionalidad del Sector Público Forestal, que exprese la importancia que este sector productivo ha alcanzado en la economía nacional.

El proyecto crea, como dependencia del Ministerio de Agricultura, la Subsecretaría de Desarrollo Forestal, cuyas funciones son elaborar y proponer al Ministro la política forestal nacional, incluyendo en ella la protección de la flora y fauna y la preservación y conservación de los ecosistemas naturales; Proponer las normas legales y reglamentarias necesarias y cautelar el cumplimiento de las mismas; Generar las condiciones que permitan orientar la actividad industrial hacia una utilización eficiente y sustentable de los recursos forestales, someter a la resolución del Presidente de la República, por intermedio del Ministro de Agricultura, las proposiciones sobre afectación y desafectación de las Áreas Silvestres Protegidas y las normas sobre protección, extracción, preservación e intercambio de recursos genéticos silvestres del país; entre otras.

También se crea el Servicio Nacional Forestal, como servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto será contribuir al incremento y manejo sostenible de los recursos forestales del país; propender a la preservación y conservación de los ecosistemas naturales terrestres y acuáticos asociados, en lo que fuere competente de conformidad a la ley; fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que regulan al sector; y llevar a cabo las acciones que aseguren la ejecución de la política forestal del Estado.

El proyecto no fue objeto de indicaciones sustantivas en el primer trámite constitucional, salvo algunas normas relativas a la institucionalidad pública de CONAF. Fue aprobado en general y en particular (lo que revela el nivel de consenso de la Cámara de Diputados), el día 20 de junio de 1999.

¹⁴ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2265-01

En el Senado, fue enviado por acuerdo de la Sala a las Comisiones Unidas de Agricultura y de Medio Ambiente y Bienes Nacionales, unidas y a la Comisión de Hacienda.

Puesta en votación la idea de legislar, resultó rechazada por dos votos a favor y cinco en contra. Votaron por la afirmativa, los Senadores Moreno y Pizarro y, por la negativa, los Senadores Larraín, Stange (como miembro de ambas comisiones) y Vega (como miembro de las dos comisiones). Las principales objeciones contra el proyecto pasan por el desincentivo a la actividad privada que provoca el exceso de burocracia estatal, y de requisitos de cumplimiento de la actividad económica forestal. El 10 de junio de 2003, la sala del Senado lo devuelve a Comisiones Unidas, donde permanece sin movimiento hasta hoy.

Opinión:

Como es sabido, la institucionalidad forestal de Chile deja mucho que desear. La Conaf es una corporación privada con algunas funciones públicas. Un Decreto Ley del año 1984, que la dota de una planta de funcionarios y de facultades suficientes para resguardar el manejo y explotación sustentable de los recursos naturales, acompañado de acciones populares de denuncia ante la infracción de las normas forestales, espera a que se dicte el decreto del Presidente de la República de disolución de la actual CONAF privada para hacerse vigente. El Sistema Nacional de Áreas, no tiene estatuto. Otro Decreto Ley del año 1984 que contiene ese estatuto, se hará efectivo por la misma vía que el de CONAF. Este panorama es desolador: El 93 por ciento de los procesos que sigue Conaf en los tribunales por denuncias no llegan a nada, porque son ganados por las empresas, y sólo el 6 ó 7 por ciento de las multas se cobran. De 649 funcionarios en servicio de fiscalización, que promete el proyecto de ley en comento, Conaf dispone de no más de 80 en funciones directas de fiscalización.

Si bien las Subsecretaría no necesariamente funcionan como quisiéramos, por lo menos estos proyectos de ley establecen funciones claras, aúnan las facultades y funciones en órganos definidos. Este proyecto de ley requiere, para su pleno funcionamiento, de una buena ley que proteja no sólo el bosque y los factores ambientales que lo definen, sino también los culturales y cosmovisivos, los que deben ser tutelados y fiscalizados. De nada vale tener una buena ley de fondo, sin nadie que la fiscalice. De nada vale tener un órgano fuerte y con fiscalizadores, si la ley que deben fiscalizar es mala.

Los pueblos deben emprender el estudio de su propia propuesta institucional, y convertirse en actores para la negociación de estas normas, a favor de la protección de sus derechos, de manera urgente. Para ello debe existir una real coordinación entre los servicios públicos, y un reconocimiento del derecho de los pueblos a la cogestión y co-fiscalización de los recursos forestales. Debemos tener mucho cuidado con el sistema de Áreas Protegidas, para que no se

convierta, en el vaivén de las indicaciones y las votaciones del Congreso, en un acendrado método de usurpación territorial, o de recursos naturales.

d) Tierras

i.- Proyecto de ley que modifica la ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, con el objeto de perfeccionar las normas de formalización de tenencia de la tierra¹⁵.

N° Boletín:	3090-01
Fecha de Ingreso:	Miércoles 9 de Octubre, 2002
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Nuevo segundo informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia
Diputados proponentes:	Tuma Zedan, Eugenio Silva Ortíz, Exequiel Meza Moncada, Fernando

Ese proyecto de ley reduce la cabida mínima de las tierras indígenas. Con ello se propone solucionar la imposibilidad de dividir herencias de una cabida menor a 3 hectáreas, y también permitir que los propietarios individuales resultantes de la división de tierras puedan acceder a fondos públicos de fomento productivo rural.

Durante la tramitación de este proyecto, que contó con la aprobación del Consejo de la CONADI y del Subsecretario de la época, los proponentes Tuma y Silva presentaron una indicación que rebajaba aún más la cabida inicial (de media hectárea, la bajaron hasta 500 metros en determinados casos). La posibilidad cierta de la dispersión o atomización de la propiedad ancestral indígena mapuche, hizo reaccionar a muchas organizaciones.

El proyecto argumentaba además la devolución al indígena de su libertad económica, de su autonomía patrimonial, abriendo las tierras indígenas al mercado de tierras.

¹⁵ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3090-01

Comentario:

Como es sabido, en el año 2004 este proyecto fue fuertemente resistido por organizaciones mapuche y likan antai. Hubo tomas de la CONADI, bajó la votación de candidatos mapuche a alcalde y concejal que apoyaron el proyecto. La oposición generalizada del mundo indígena resultó en la destitución del Subsecretario de Mideplan de la época. Fue una buena experiencia de lobby, aunque se echó de menos presencia indígena en el Congreso Nacional. Particularmente, el *modus operandi* de uno de los Diputados proponentes fue simular un proceso de consentimiento informado, presentando firmas de cientos apoyo, las que no pasaban de ser una burda estratagema en virtud de la afirmación capciosa e que se basaba el consentimiento expresado, el que además era individual y no colectivo.

Opinión:

Cabe señalar que los derechos de las comunidades y personas indígenas sobre sus tierras ancestrales son derechos humanos reconocidos por el derecho internacional. Como son derechos humanos, son derechos irrenunciables. Veamos un ejemplo de estos derechos. ¿Por qué un consumidor no puede renunciar ante una multitienda al interés máximo que permite la ley? Por que de lo contrario, la multitienda impondría una cláusula abusiva en el contrato, con un interés usurero. Así mismo ocurre con otros derechos reconocidos en la Ley del consumidor, como el derecho a la información, a la seguridad en el consumo, a la indemnización, que son también irrenunciables. ¿Por qué un trabajador no puede renunciar a su derecho a la jornada máxima o a un sueldo mínimo? Debido a que de lo contrario, un empleador podría imponer un contrato de trabajo de 15 horas diarias y pagando sueldos de esclavo. Todo esto ocurría antes de que la legislación respectiva se dictara a favor de la parte más débil.

Sabemos que con ello se juega nuestra supervivencia, y que sin tierra habrá una nueva emigración a las ciudades, perdiendo progresivamente sus patrones culturales y en un contexto de exclusión social y discriminación. Ya se han propuesto alternativas para solucionar los problemas que motivan el mencionado proyecto de ley. Dividir la tierra es una medida desproporcionada, un remedio peor que la enfermedad.

Además este proyecto entorpece y limita gravemente la recuperación de la base territorial que da vida a todo pueblo.

El proyecto volvió con fecha 03 de noviembre de 2004 a la Comisión de Constitución, y ahí duerme. Puede ser reactivado, por lo que conviene presionar por su archivo.

e) Recursos Genéticos

i.- Proyecto de reforma la Constitución Política de la República con el objeto de establecer y regular el dominio público sobre los recursos genéticos de las especies animales y vegetales autóctonas¹⁶.

N° Boletín:	3820-07
Fecha de Ingreso:	Martes 5 de Abril, 2005
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C. Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapa:	Primer trámite constitucional
Subetapa:	Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia
Diputados proponentes:	Quintana Leal, Jaime Jarpa Wevar, Carlos Abel Alvarez-Salamanca Büchi, Pedro Pablo Navarro Brain, Alejandro Ojeda Uribe, Sergio Sánchez Grunert, Leopoldo

El proyecto señala que hoy empresas de distintos países se han encargado de patentar recursos genéticos, provenientes de terceros países, con la finalidad de apropiarse de ellos, impidiendo a futuro su empleo por parte de otras personas.

María Isabel Manzur, investigadora de la Fundación de Sociedades Sustentables, tras una búsqueda por Internet en las bases de datos de la Oficina Europea de Patentes y en el sitio de la Oficina de Patentes de los Estados Unidos, se encontraron derechos de propiedad intelectual sobre 11 compuestos o procesos derivados de 9 especies chilenas, como son la *streptomyces higroscopicus*, de donde se deriva la rapamicyna y la droga rapamune; el tomate silvestre, *Lycopersicon Alstroemeria* o lirio del campo, boldo, quillay, avellano, **quínoa**, *Calceolaria andina* y pepino dulce.

Algunas de ellas, incluso, cuentan con un gran número de patentes como el Quillay con 52, o el lirio del campo con 50.

El proyecto señala “Creemos, que Chile, y por eso presentamos este proyecto de reforma constitucional, debe asumir el desafío de declarar ante el mundo que posee un patrimonio genético propio, **que es el patrimonio común de la Nación**”

¹⁶ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3820-07

Chilena, que está radicado en toda sus especies animales y vegetales, **incluyendo en el genoma de sus habitantes, el cual, no puede ni debe ser patentado en terceros estados**. Y al mismo tiempo, que cualquier aprovechamiento que se quiera hacer de nuestras especies, en terceros países debe hacerse en el marco de la Convención sobre Diversidad Biológica, esto es, obteniendo a cambio las **compensaciones justas**, por el beneficio generado, a partir de lo que es propio.

La reforma constitucional se ubica en el artículo 19 N° 24 de la norma fundamental. A la actual redacción e agrega lo ss:

“El Estado tiene el dominio de absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos genéticos y de sus productos derivados en relación a las especies animales y vegetales, endémicas que se encuentren en su territorio.

Una Ley Orgánica Constitucional regulará el régimen de acceso y patentabilidad de estos recursos, el que deberá velar por la salvaguarda de los intereses nacionales y por la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de los recursos genéticos.

El Estado, reconoce el derecho de sus comunidades indígenas sobre sus conocimientos y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”.

Comentario:

La reforma trata de enmendar las modificaciones surgidas del proyecto de ley que modifica la Ley 19.039 sobre propiedad intelectual, presentado el 20 de octubre de 1999 y ya aprobado por el Congreso. Los intentos por reconocer normas de protección de los conocimientos ancestrales indígenas y locales asociados a la biodiversidad no tuvieron éxito, y fueron absorbidos por la protección exclusiva del patrimonio genético nacional.

Opinión:

No es necesario mucho análisis al señalar que no se reconocen derechos de los pueblos indígenas a sus “*conocimientos y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados*”. Esto no sólo implica minimizar el estatuto de los pueblos, sino un efecto poco explorado: disgregar los derechos de propiedad sobre tales recursos. Así, las transnacionales no tendrán que negociar con los pueblos y sus autoridades mayores u organizaciones representativas. Tendrán facilidades para negociar con las comunidades indígenas. La futura Ley Orgánica Constitucional de Acceso a los Recursos no podrá evitar esto, si se aprueba la reforma constitucional en su actual redacción, en virtud del principio de primacía constitucional.

Paralelamente, si bien la usurpación de recursos genéticos ya no la harán las transnacionales, la hará teóricamente el Estado, lo que no es algo nuevo para nosotros. Sin perjuicio de ello, el “*dominio de absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de los recursos genéticos*” también ha sido declarado así para los recursos mineros, y todos sabemos que la industria minera está altamente transnacionalizada, por lo que el actual texto del proyecto no garantiza en la práctica una suerte de nacionalización del recurso genético, menos una estatización (todavía algunos profesores de derecho señalan que la LOC de Concesiones Mineras es inconstitucional, pues los derechos de aprovechamiento mineros fueron establecidos contra el texto constitucional, luego de una visita a Pinochet del Gerente de una transnacional minera a Chile). Lo más seguro es que mediante autorizaciones de acceso se ceda su propiedad, bajo condiciones generosas, a chilenos y más probablemente a extranjeros, quienes sí poseen la tecnología para aprovechar tales descubrimientos.

A lo más, este proyecto de reforma hace explícito en la legislación “los derechos” indígenas sobre el patrimonio genético (sea o no humano), lo que es más amplio que el principio del reparto equitativo de beneficios del artículo 8j) del Convenio de Diversidad Biológica, que aplica sólo a la biodiversidad. Abarcaría, en teoría también la cogestión o administración de beneficios, según su cosmovisión y de acuerdo a lo que determinen sus autoridades tradicionales. Pero todo ello es a modo de interpretación, pues la letra de la Ley de Acceso a los Recursos Genéticos puede decir lo contrario, y someter a las comunidades a un régimen expropiatorio y usurpador de siempre.

El actual régimen internacional, a lo más reconoce el reparto de beneficios. Al principio, los recursos genéticos de los indígenas eran un “objeto de protección”. Hoy han pasado a ser “objeto de apropiación”. Para ser “protegidos”, debemos apropiarnos de tales recursos y venderlos, o peor, dejar que otros se apropien de él, para que opere el reparto de beneficios. O sea, debemos “pagar por protección”. Este régimen se ve profundizado por tratados de libre comercio de naturaleza multilateral (OMC) como por los bilaterales. Estos últimos suelen establecer un régimen de propiedad ilimitado sobre los recursos genéticos sin atención a su “función social” que consagra la misma Constitución Política de Chile, por lo que se retrocede a formas de propiedad o dominio del siglo XIX (propiedad romana abusiva).

3.- *Proyectos sobre no discriminación:*

a) **Proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica**¹⁷.

N° Boletín:	2142-17
Fecha de Ingreso:	Martes 3 de Marzo, 1998
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapa:	Primer trámite constitucional
Subetapa:	Nuevo segundo informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia
Diputado proponente:	Martínez Ocamica, Gutenberg

Este proyecto de Ley pretende poner al día a la ley chilena con los avances del derecho internacional, debido a la existencia de numerosos tratados que previene y sancionan diversas formas de discriminación.

Incorpora al Código Penal un nuevo artículo 431 bis, que dispone “El que cometa actos de discriminación, de violencia moral o física, o de menosprecio contra una o más personas en razón de su raza, su religión u origen nacional o étnico, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a doce ingresos mínimos.”.

Asimismo reforma el art. 18 de la antigua Ley de Prensa 16.643: “Los que por cualquier medio realizaren publicaciones o transmisiones que conciten el odio, la hostilidad o el menosprecio respecto de personas o colectividades en razón de su raza, religión u origen nacional o étnico, serán penados con reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a doce ingresos mínimos”.

Asimismo eleva a delito la actual falta de discriminación del artículo 8° de la ley indígena: “Artículo 8°.- Se considerará un simple delito la comisión de actos discriminatorios manifiestos en contra de los indígenas, en razón de su origen y cultura. El que incurriera en esa conducta será sancionado con reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a doce ingresos mínimos.”

El 12 de abril de 2000, se emite el primer informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. No hay un debate álgido. Participa gran cantidad de organizaciones judías en el debate, ningún indígena. Se llega rápidamente a consenso en aprobar en general la idea de legislar (votan a favor Guillermo Ceroni, Sergio Ojeda, Eduardo Díaz, Andrés Palma, Gabriel Ascencio, Jaime Naranjo y Jaime Mulet y que se abstuvieron: los señores Juan Masferrer y Mario Bertolino). Se hacen indicaciones al proyecto inicial, que cambia por completo.

¹⁷ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2142-17

1.- Se crea una nueva agravante de cualquier delito:

“Cometer el delito con la intención de dañar a una persona en razón de su origen, sus ideas, religión o creencias, de la etnia, raza o nación a que pertenece, de su sexo o de la enfermedad o minusvalía que padece, o motivado por una discriminación arbitraria en perjuicio de esa persona.”.

2.- Se crea delito de incitación al delito con motivos discriminatorios.

“Artículo 137 bis. El que incitare a otros a causar daño a personas o a sus bienes, en razón de su origen, sus ideas, religión, o creencias, de la etnia, raza o nación a que pertenecen, de su sexo, o de la enfermedad o minusvalía que padecen, o motivado por una discriminación arbitraria en perjuicio de esas personas, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”.

3.- Se crea el delito de discriminación arbitraria:

“Artículo 147 bis. El que discriminare arbitrariamente, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez ingresos mínimos.

Para los efectos de las disposiciones de este Código y leyes especiales, se entenderá por discriminación arbitraria todo acto u omisión que signifique una distinción, exclusión, limitación, restricción o preferencia contraria a la razón, a la justicia o a la legislación, basada en motivos de raza, color, cultura, linaje, ascendencia u origen nacional, social o étnico, de idioma o características lingüísticas, de credo religioso o de convicciones, de opiniones políticas, de posición económica, de sexo, comportamiento sexual, enfermedad o minusvalía que padezca, en contra de personas o grupo de personas que tenga por objeto anular o menoscabar la igualdad de oportunidades o el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos esenciales de la persona humana.”.

4.- Se crea el delito de denegación de servicio con ánimo discriminatorio.

“Artículo 157 bis. El empleado público que, en el desempeño de su cargo, impida o dificulte ilegítimamente el ejercicio de un derecho, o rehúse ilegítimamente la entrega de un bien o la prestación de un servicio, con la intención de dañar a una persona, en razón de su origen, sus ideas, religión, o creencias, de la etnia, raza o nación a que pertenece, de su sexo, o de la enfermedad o minusvalía que padece, o motivado por una discriminación arbitraria en perjuicio de esa persona, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.”.

5.- Se crea el delito de asociación ilícita creada para discriminar con daño:

Art 293: “Si la asociación ha tenido por objeto dañar a personas, en razón de su origen, sus ideas, religión, o creencias, de la etnia, raza o nación a que pertenecen, de su sexo, o de la enfermedad o minusvalía que padecen, o con motivo de una discriminación arbitraria en perjuicio de esas personas, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio.”.

6.- Se crea el delito de difamación discriminatoria:

“Artículo 431 bis. El que de palabra o por escrito, se manifieste de manera injuriosa en contra de la dignidad de una o más personas, en razón de su raza, su religión o creencias, por su origen, por xenofobia, la verdadera o supuesta pertenencia o no pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, su comportamiento sexual, su situación familiar o estado civil, su enfermedad o minusvalía, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a diez ingresos mínimos.“.

7.- Se crea el delito del discurso odioso:

“Artículo 18. Los que por cualquiera de los medios señalados en el artículo 16 incitaren al odio o la violencia en contra de personas o colectividades, en razón de su origen, sus ideas, religión, o creencias, de la etnia, raza o nación a que pertenecen, de su sexo, o de la enfermedad o minusvalía que padecen, o motivados por una discriminación arbitraria en perjuicio de esas personas o colectividades, serán penados con reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a veinte ingresos mínimos.”.

En la sala, el día 11 de noviembre de 2000, se aprueba el proyecto en general

El proyecto es revisado en segundo informe de comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, emitido el día 03 de octubre de 2000.

Aquí el proyecto sufre nuevas indicaciones que vale la pena revisar para establecer el nivel de reflexión de los parlamentarios.

Indicaciones:

ARTICULO 1º **Numeral 1**

De los señores Ceroni, Ojeda,, Naranjo, Gutenberg Martínez, Tuma, Aníbal Pérez y señora Pollarolo, para sustituir en el número 1º del artículo 1º del proyecto aprobado por la Comisión, por el siguiente:

1. “Agrégase al artículo 12, el siguiente numeral:

"20ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, xenófobos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, por su sexo o comportamiento sexual o la enfermedad o minusvalía que padezca.”.

De los señores Krauss y Velasco para sustituir el N° 1 del artículo 1º por el siguiente:

1. “Agrégase al artículo 12, el siguiente numeral:

"20ª.- Ejecutar el acto o incurrir en la omisión con el propósito de dañar, lesionar, afectar, perturbar o amenazar a una persona o grupo de personas en razón de su origen, sus ideas, religión o creencias, de la raza, etnia o nación a que pertenecieren, de su sexo o de la enfermedad o minusvalía que padecieren o, en general, motivado por un ánimo de discriminación arbitraria."

- Estas indicaciones fueron rechazadas por unanimidad.

Numeral 2

De los señores Krauss y Velasco para sustituir el N° 2 del artículo 1° por el siguiente:

2. "Incorpórase el siguiente artículo 137 bis, nuevo:

"Artículo 137 bis.- El que personalmente o por encargo o petición de terceros incitare a otros a causar daño, lesionar, afectar, perturbar o amenazar a personas o grupos de personas o a los bienes de su patrimonio en razón de su origen, ideas, religión o creencias, de la raza, etnia o nación a que pertenecen, de su sexo o de la enfermedad o minusvalía que padecen o motivado por un ánimo de discriminación arbitraria, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimos a medio.

Si el delito tipificado en el inciso anterior, se cometiere utilizando un medio de comunicación la pena se aumentará en dos grados."

- Esta indicación fue rechazada por unanimidad.

Numeral Nuevo

Del señor Navarro para agregar en el Título VIII del Código Penal, un párrafo denominado "Del genocidio" compuesto por el siguiente artículo 390 bis:

"Artículo 390 bis. Los que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los siguientes actos:

1. El que llevare a cabo el desplazamiento forzoso del grupo o sus miembros.

2. El que adoptare cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, será castigado:

a) Con presidio mayor en su grado medio a máximo cuando los individuos sean obligados por la fuerza y esto contemplare alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, N°1.

b) Con presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo el que obligare a un individuo a abandonar sus lugares de habitación permanente o transitorio por medio de engaño o estafa.

- Esta indicación fue rechazada por seis votos y dos abstenciones.

Artículos Nuevos

De los señores Krauss y Velasco para agregar los siguientes artículos nuevos:

"Artículo...- El Ministerio de Educación incluirá en los planes de estudio de la educación básica y media el estudio y promoción de los derechos humanos y de las normas internacionales y nacionales contrarias a las distintas formas de discriminación."

"Artículo...- Triannualmente el Congreso Nacional premiará la obra, trayectoria o actividad desarrollada en Chile en contra de actos de discriminación o violencia por motivos raciales, étnicos, nacionales, religiosos, sexuales y, en general, que afecten la dignidad de la persona humana.

La convocatoria, bases y contenidos del premio será establecida en cada oportunidad por acuerdo de las Mesas de ambas Corporaciones.

El premio se denominará "Elimat Jason" y se discernirá por primera vez dentro de los noventa días de publicación de la presente ley."

"Artículo.... Quienes en calidad de dirigentes, organizadores o líderes mantengan en funcionamiento una asociación, movimiento o partido político, declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional por contravenir lo establecido en el inciso 6° del número 15 del artículo 19 de la Constitución Política, serán castigados con las penas de reclusión menor, en su grado medio a máximo.

Asimismo, los bienes materiales, instrumentos y recursos empleados en la realización de las actividades de esas asociaciones, movimientos y partidos inconstitucionales serán decomisados"

- Esta indicación fue rechazada por unanimidad, por estimarse que no tiene relación con las ideas matrices del proyecto en estudio.

8.- Textos de las disposiciones legales que el proyecto modifica o deroga.

El proyecto modifica los siguientes preceptos legales:

a) El artículo 18 de la ley 16.443, sobre Abusos de Publicidad que es del siguiente tenor:

“Artículo 18 Los que por cualquiera de los medios señalados en el artículo 16°, realizaren publicaciones o transmisiones que conciten el odio, la hostilidad o el menosprecio respecto de personas o colectividades en razón de su raza o religión serán penados con multa de seis a doce ingresos mínimos.”, y

b) El artículo 8 de la ley 19.253, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, que reza:

“Artículo 8.- Se considerará falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura. El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales.”

El día 02 de noviembre de 2000, el proyecto pasa a la Sala, lugar donde se produce un acalorado debate. En medio de él, el Diputado Alessandri pide que debido a que existe aprobación a la idea de legislar, pero no parece haber acuerdo respecto de las disposiciones para concretar tal idea, el proyecto debe devolverse a la Comisión de Constitución para un nuevo informe, y luego pasaría a la Comisión de DDHH. El Diputado Navarro solicita que se aclare cuando volvería a la Sala, pues desconfía de un rápido despacho. Se señala que estará en tabla nuevamente el 2001.

Desde noviembre de 2000 el proyecto duerme en la Cámara de Diputados, en la Comisión de Constitución.

Opinión:

Este proyecto es bien intencionado. No obstante adolecía de un exceso de normas. Apuntaba demasiado a la represión de las conductas y poco a la educación. Una fórmula general era suficiente. Detallar tantas conductas parece una exageración. Además, castigar penalmente tantas conductas de discriminación puede conducir a generar más odio y resquemor. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener en cuenta que los indígenas también son potenciales autores o cómplices de estos delitos, por lo que en el escenario actual de criminalización de la demanda indígena, no debería asombrarnos la posibilidad de que estas penas se apliquen contra los nuestros.

Como se pudo ver, hubo bastante influencia de grupos judíos en ciertas indicaciones, lo que prueba que el lobby no es ineficiente, y de hacerlo nosotros, podríamos lograr avances y logros legislativos.

b) Proyecto de Ley que establece una nueva agravante de responsabilidad criminal fundada en la comisión de delitos por motivaciones racistas, xenofóbicas o discriminatorias¹⁸.

N° Boletín:	2979-07
Fecha de Ingreso:	Jueves 20 de Junio, 2002
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapa:	Primer trámite constitucional
Subetapa:	Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia
Diputado proponente:	Leal Labrín, Antonio Bustos Ramírez, Juan García-Huidobro Sanfuentes, Alejandro Soto González, Laura Ibáñez Soto, Carmen Saffirio Suárez, Eduardo

Este proyecto de ley se presentó como reacción a una golpiza de jóvenes neonazis en Valparaíso, en un local nocturno. Señala su fundamento que “a nivel mundial, en los últimos dos decenios, se ha podido percibir el resurgimiento de movimientos políticos, de carácter totalitario, que funcionando al margen de las normas básicas de convivencia del sistema democrático propugnan la discriminación y el maltrato a personas y colectivos, que conforman minorías, étnicas, religiosas o sexuales”.

Por ello crea una agravante nueva en el artículo 12 del Código Penal: N° 20.- “Realizan el delito motivado por razones de raza, étnicas, religiosas, culturales o de opción sexual”.

Desde el 20 de junio de 2002, el proyecto duerme en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia

¹⁸ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2979-07

Opinión:

Una agravante es más razonable que crear un delito penal de discriminación. Sin perjuicio de que puede ser usado en contra nuestra, lo cual debe ser evaluado por los pueblos.

c) Proyecto de Ley que Establece medidas contra la discriminación¹⁹

N° Boletín:	3815-07
Fecha de Ingreso:	Martes 22 de Marzo, 2005
Iniciativa:	Mensaje Presidencial
Cámara de origen:	C. Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia

El proyecto propone rescatar el espíritu de las iniciativas anteriores, pero sin recargar penalmente su texto.

Primero, consagra la discriminación positiva: El Estado podrá establecer distinciones o preferencias destinadas a promover y fortalecer el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas o grupos de personas.

Luego define la discriminación negativa: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción u omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquier otra condición social o individual.

En un hecho inédito, crea una acción especial contra la discriminación. El directamente afectado, podrá por sí o por cualquiera a su nombre, denunciar los actos u omisiones que importen su discriminación arbitraria, ante al Corte de Apelaciones, dentro e los 30 días hábiles desde que se ejecutó el acto o desde que se haya tenido noticias de él. La Corte podrá, a petición del interesado, decretar orden de no innovar cuando el acto u omisión pueda causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resuelva, en caso de acogerse la pretensión. El tribunal deberá investigar la denuncia y da curso progresivo a los autos hasta el fallo definitivo.

¹⁹ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_tramitacion.pl?4207,D

La Corte de Apelaciones respectiva en su sentencia, adoptará de inmediato las providencias para restablecer el imperio de derecho y asegurar la debida protección del afectado, como dejar si efecto el acto discriminatorio u ordenar que cese en su realización. La Corte podrá declarar también la procedencia de indemnizaciones para reparar el daño moral y material. En ese caso el afectado podrá demandar ante el juez de letras competente, el monto de la indemnización mediante un procedimiento breve y sumario. Si se establece que la sentencia carece de fundamentos, la Corte declarará que el denunciante es responsable de los perjuicios causados, los que se perseguirán en el tribunal civil. Las partes podrán apelar en un plazo de 5 días ante la Corte Suprema.

Si la Corte declara que un funcionario público cometió actos de discriminación arbitraria, respecto de una persona natural o jurídica, consistente en rehusar el suministro de un bien o servicio, podrá ser sancionado con una multa de 50 a 100 UTM (Entre 1 millón y medio y tres millones de pesos). Si tales actos discriminatorios fueron cometidos en el ejercicio de una actividad privada, en la que se presten servicios de utilidad pública el responsable podrá ser sancionado con la misma multa.

Por ultimo, se agrega como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, el cometer delito por una motivación discriminatoria fundada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquier otra condición social o individual.

El día 03 de mayo de 2005, la Corte Suprema entrega oficio con su opinión acerca de este proyecto. El Pleno señala que “debe considerarse que nuestra Carta Fundamental ya establece como derecho esencial de la persona humana -en el artículo 19 N° 2- la igualdad ante la ley, asegurando que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. En dicha norma adicionalmente se agregó a través de una reforma constitucional, que hombres y mujeres son iguales ante la ley. De esta forma, se regula de algún modo la no discriminación y, frente a la amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de este derecho, **se concede el recurso de protección.**”

En ese sentido, este tribunal es de opinión que el derecho a la no discriminación está suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo”.

Los Ministros Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín Vallejo, y Jorge Medina Cuevas, señalan además que la iniciativa legal es “incongruente con las disposiciones que establece el artículo segundo del Código el Trabajo para impedir la discriminación en el ámbito laboral y que fueron perfeccionadas con la reforma que introdujo a ese precepto el N° 2 del artículo único de la Ley N° 19.759,

de 5 de octubre de 2001 (...) En efecto, las infracciones al Código del Trabajo son de competencia de los tribunales del ramo y se sujetan al procedimiento que regula el Libro V de este cuerpo legal y, en cambio, la acción par reclamar de la contravención de las normas del proyecto sería conocida por Cortes de Apelaciones mediante el procedimiento que prevé la misma iniciativa.”.

El voto de minoría fue de los Ministros Hernán Álvarez García, Eleodoro Ortiz Sepúlveda, José Benquis Camhi, Enrique Cury Urzúa, Milton Juica Arancibia, Adalis Oyarzún Miranda y Jaime Rodríguez Espoz quienes “fueron de opinión de acoger favorablemente el proyecto, por estimar que la iniciativa resultaría un complemento necesario al derecho constitucional de la igualdad ante la ley y la prohibición que se le impone a la ley o cualquiera autoridad para establecer diferencias arbitrarias (...) por la importancia de los derechos en juego y su cercanía con la acción de protección, les parece prudente lo que se propone en el proyecto en cuanto a la competencia de una Corte de Apelaciones, **aun considerando la recarga de trabajo que ello implica para los tribunales de justicia**. Lo anterior de alguna manera se ve morigerado con la sencillez del procedimiento establecido y la facultad que se da a esta Corte para regular los aspectos procesales de la acción que regula el proyecto”.

El proyecto está por votarse en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Como es un proyecto del ejecutivo, puede verse sin problemas en el segundo semestre, si existe voluntad política de priorizarlo.

Opinión.

Este proyecto parece más sólido. No reprime penalmente una conducta que puede ser perfectamente sancionada por otra vía. El no estar protegido penalmente no es estar desprotegido. Existe el recurso de protección, la falta del artículo 8° de la Ley Indígena, el delito de discurso odioso de la Ley sobre derecho a la información N° 19.733, acciones civiles indemnizatorias por daño moral, acciones especiales como las de la Ley del Consumidor, y ahora, una acción especial. Recomiendo que se presiones para que se presente una indicación que convierta esta acción sea una acción popular, que proteja la no discriminación como derecho colectivo y no sólo individual. El recurso de Amparo Económico que protege el derecho a emprender libremente actividades económicas, derecho eminentemente individual, es una acción colectiva, de interés público. Los derechos de los pueblos son eminentemente colectivos, por lo que la acción popular y colectiva garantizará una mayor protección de nuestros derechos.

4.- Proyectos sobre tutela de patrones culturales.

a) **Proyecto de Ley que Establece normas sobre pueblos indígenas con el objeto de reconocer la existencia y atributos de la etnia diaguita y la calidad de indígena diaguita²⁰.**

N° Boletín:	3023-01
Fecha de Ingreso:	Jueves 8 de Agosto, 2002
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Segundo trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización
Diputados proponentes:	Mulet Martínez, Jaime Leal Labrín, Antonio Vilches Guzmán, Carlos Robles Pantoja, Alberto

Este proyecto propone modificar el artículo primero de ley Indígena, para incorporar, junto a las “etnias” mapuche, aymara, rapa nui, atacameña, quechua y colla; kawashkar y yagán de los canales australes, a los diaguitas. La denominación con la que actualmente le conocemos, fue introducida por el destacado antropólogo chileno Ricardo Latcham, quien los describiera señalando que habitaron en su primera fase de desarrollo desde el valle de Copiapó hasta el valle del río Aconcagua, siendo su origen trasandino, el cual es datado al menos a fines del siglo VII DC; cuestión que es fundamental de considerar, pues hasta el día de hoy, en la República Argentina, existen sólidamente consolidados como pueblo nación, siendo plenamente reconocidos por las autoridades nacionales del vecino país.

El 21 de junio de 2004, la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados despacha este proyecto, recomendando a la Sala el voto favorable a la iniciativa, luego de encargar informes antropológicos que acreditaban la permanencia de patrones culturales del pueblo diaguita.

El 15 de julio de 2004 la Sala aprobó, con 47 votos favorables, 1 en contra y 12 abstenciones el proyecto de ley.

El día 20 de julio de 2004 se dio cuenta del proyecto en el Senado, pasando a la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, donde se encuentra sin urgencia.

²⁰ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3023-01

Opinión:

A mi juicio, el pueblo diaguita, y todos los pueblos indígenas de Chile ya están reconocidos por la Ley Indígena, la que antes de enumerarlos, señala que ellos son “principalmente” los nombrados expresamente en la misma ley. Ahora bien, si el pueblo diaguita ha optado soberanamente a ser reconocido de manera expresa, es una decisión que los otros pueblos deben respetar como manifestación de la autonomía del pueblo diaguita. No obstante, cabe evaluar por los pueblos, si estos reconocimientos parcializados puedan estar perjudicando a otros pueblos no reconocidos legalmente de manera expresa, pues se sentaría el precedente de que deben tener el patrocinio de una reforma a la ley indígena para ser reconocidos.

b) Establece excusa legal absolutoria al porte, tenencia y consumo de hoja de coca y alcohol con motivo de celebraciones de índole religiosa en un contexto cultural diverso²¹.

N° Boletín:	3211-17
Fecha de Ingreso:	Miércoles 2 de Abril, 2003
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Discusión general
Diputados proponentes:	Ojeda Uribe, Sergio Longton Guerrero, Arturo Leal Labrín, Antonio Bustos Ramírez, Juan Palma Flores, Osvaldo Araya Guerrero, Pedro Robles Pantoja, Alberto Rossi Ciocca, Fulvio

La iniciativa busca agregar artículos e incisos a la ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y a la ley 17.105, que eximan de responsabilidad penal administrativa, criminal y de las penas impuestas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 41 de la ley 19.366, a todos aquellos miembros de comunidades indígenas -que tengan la referida calidad de conformidad con la ley indígena (19.253)- que en el contexto de actividades culturales, ceremoniales, religiosos, festivas y demás que el juez apreciará en cada caso, utilicen las conductas típicas relativas a las hojas de coca y al alcohol. El impulso de esta iniciativa legal, va directamente relacionado a la contraposición de dos leyes. Por

²¹ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3211-17

una parte lo señalado en la ley indígena que reconoce como un deber del Estado el respetar, proteger y promover la cultura indígena, entre otros fines; y por otro las sanciones de tipo penal y administrativas que se desprenden actualmente del uso de la hoja de coca y del alcohol en las festividades religiosas y culturales de la etnia.

El 03 de septiembre de 2003, la Comisión de Derechos Humanos debatió el proyecto. A la sesión asistió el Director Nacional de la CONADI, Aroldo Cayún; el Subdirector Nacional Norte, Cornelio Chipana y el abogado de la institución, Sergio Oliva. También estuvo presente la Prefecto Jefa Nacional Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones de Chile, Cristina Rojo; el Subprefecto Alex Sanhueza y el Inspector Héctor Meza. Intervino finalmente la Secretaria del Consejo Nacional Control de Estupefacientes (CONACE), señora Maria Teresa Chadwick. No hubo participación alguna de asociaciones indígenas andinas u organismos representativos (no fueron invitados, pues la convocatoria es voluntaria para la Comisión).

Investigaciones se refirió favorablemente al proyecto, pues la hoja de coca claramente no es droga, pues presenta muy bajo nivel del alcaloide. Esto sumado al uso tradicional y limitado a fiestas o ceremonias, hace difícil que el proyecto pueda favorecer la fabricación y tráfico de sustancias ilícitas.

El proyecto de ley contó con el respaldo de la subdirección norte de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi). Lamentablemente, el Proyecto ha recibido las resistencias del CONACE, que ve una posible ventana para proteger el tráfico de estupefacientes, sin meditar acerca del uso tradicional de la hoja de coca, sin relación comercial, ni siquiera con las mínimas condiciones de viabilidad de fabricación de la droga ilícita. A su vez el CONACE se opuso a la exención de responsabilidad penal por consumo de alcohol en fiestas y ceremonias.

Asimismo, el Subsecretario del Interior Correa Sutil señaló que el artículo 54 de la ley indígena resuelve el asunto planteado, toda vez que dicha norma señala que la costumbre “en lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

Ambos objetan la amplitud del proyecto pues “el artículo 1° se refiere a la elaboración de estupefacientes, los artículos 2°, 3° y 4° a conductas relacionadas con la siembra y plantación de especies vegetales, el 5° al tráfico, el 6° al desvío de precursores y sustancias químicas, el 7° al suministro ilegal de drogas y el 41 al consumo en lugares públicos”. Señalan que se podría estar desmantelando la Ley de Drogas.

La Comisión de DDHH eliminó la exención de pena por consumo de alcohol, y mantuvo la relativa a la Ley de Drogas.

Luego, el proyecto pasó a la Comisión Especial de Drogas, el 15 de octubre de 2003. Ahí el Conace mantuvo su posición contraria al proyecto y agregó que “no se acreditan ni existen evidencias suficientes que justifiquen la extensión o magnitud de dicha costumbre, ni tampoco estudios que aborden la realidad actual, como por ejemplo, cantidad de personas que han sido detenidas por tal motivo o de qué manera la actual legislación limita la realización de los actos rituales, ceremoniales, etcétera, a los que alude la moción, como para justificar la necesidad de un cambio legislativo como el propuesto”. Alegó a su vez que aprobar esta legislación implicaba violar tratados internacionales suscritos por Chile a favor del combate al tráfico.

La Comisión procedió a poner en votación la **idea de legislar**, la que fue **rechazada por 5 votos en contra** (Diputados Bayo, Díaz, García-Huidobro; Pérez, don Aníbal, y señora Mella) **y 1 voto a favor** (Diputado señor Salaberry). Quienes rechazaron señalaron que “la Comisión Especial de Drogas emitiría una señal muy negativa a la sociedad si autorizara el uso de una sustancia prohibida, porque independientemente del mayor o menor riesgo que pueda representar el uso de la hoja de coca, lo que el proyecto haría es rebajar la percepción que existe en la comunidad acerca del daño que importa el consumo de estupefacientes”.

El 28 de octubre de 2003 se dio cuenta a la sala de ambos informes y no se ha votado el proyecto.

Comentario:

Las opiniones vertidas por los funcionarios de Gobierno opositores al proyecto manifiesta el nivel de ignorancia supina respecto de los pueblos. María Teresa Chadwick señaló ante la Comisión de DDHH que “la preocupación por los pueblos indígenas no pasa por masticar hojas de coca o beber alcohol. **Ellos tienen que masticar hojas de coca porque tienen hambre. Asimismo, no tienen por qué beber alcohol hasta la saciedad por razones religiosas.** Por tanto, lo que corresponde es garantizarle que otros derechos les sean respetados en plenitud”.

El Subsecretario del Interior sabe bien que el juez puede y debe absolver al indígena que con ocasión de fiestas y ceremonias consume alcohol y porta hojas de coca, será absuelto después de meses de detención efectiva en la cárcel, con su hoja de filiación manchada, sin posibilidades de trabajo, y con grave afectación y perjuicio de su vida familiar. No hay más que decir que el racismo y los prejuicios aún está en las mentes de dichos funcionarios de gobierno, al punto que ser descendiente de un pueblo andino, implica ser sospechoso de burrero o traficante de drogas. Si el proyecto es amplio respecto de las exenciones de las penas relativas a la Ley de Drogas, es por que la aplicación arbitraria y selectiva de las Policías de estas normas lo amerita.

A ello se suma la nula participación de los pueblos andinos en la discusión del proyecto.

Opinión:

Este proyecto de ley es positivo, no obstante debe ser aprobado por los pueblos andinos a que afecta. A pesar de que existe informe negativo de la Comisión de Drogas, el proyecto puede ser votado favorablemente por la sala, lo que dependerá del nivel de presión y cabildeo indígena. No obstante, el proyecto duerme sin urgencia ni consenso para ponerlo en tabla para ser votado en la sala.

5.- *Proyectos de Ley sobre patrimonio cultural.*

a) **Establece una reforma de la normativa aplicable al patrimonio cultural material indígena y crea las categorías de patrimonio cultural material e inmaterial²².**

N° Boletín:	3670-04
Fecha de Ingreso:	Martes 14 de Septiembre, 2004
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C. Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión de Educación, Cultura, Deportes y Recreación
Diputados proponentes:	Muñoz Aburto, Pedro Navarro Brain, Alejandro Olivares Zepeda, Carlos Araya Guerrero, Pedro González Torres, Rodrigo Mella Gajardo, María Eugenia Meza Moncada, Fernando Rossi Ciocca, Fulvio Tohá Morales, Carolina Valenzuela Van Treek, Esteban

Esta propuesta se basa en los numerosos hechos de agresión y descuido al patrimonio cultural indígena transcurridos en el periodo 2003 – 2004. Pretende castigar fuertemente el tráfico y destrucción de estos bienes culturales ancestrales

²² http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3670-04

y poner la legislación chilena al día en relación a los tratados internacionales de la UNESCO que Chile no ha ratificado aún.

Se señala que la elaboración de políticas públicas de reglamentos, decretos, resoluciones que se dicten acerca del patrimonio cultural material e inmaterial de los pueblos indígenas deberán contar con la participación de la o las comunidades, asociaciones u organizaciones indígenas afectadas, aún respecto de sus intereses y derechos supraindividuales o colectivos. **El incumplimiento de estos requisitos acarreará la nulidad de la medida.**

Asimismo dispone que por exigirlo el interés nacional, no se podrá vender, transferir, donar, ceder o enajenar a cualquier título objeto material alguno que forme parte del patrimonio histórico de los pueblos indígenas de Chile. Su préstamo a cualquier título estará limitado a un plazo máximo de 10 años. La misma limitación regirá para los artefactos, momias, utensilios, materiales de naturaleza artística o religiosa y objetos materiales que formen parte del patrimonio arqueológico de los pueblos indígenas.

En el caso que se quiera sacar del país algún objeto, respecto del cual exista duda acerca de su origen indígena, o cuando alguna comunidad indígena u otra organización de la misma naturaleza constituida legalmente, reclame tal calidad se conformará una Comisión ad-hoc. Esta instancia estará compuesta por 5 personas, entre las cuales se encontrará un representante de la comunidad afectada; un historiador que indagará acerca del eventual valor que le hayan dado históricamente los pueblos indígenas al objeto de que se trate, o los usos que le hubieren dado y que sus descendientes hayan olvidado; y un experto en folklore. La decisión se tomará por la mayoría absoluta de los miembros de la comisión. Si la respuesta es negativa, y la comunidad afectada insiste en reclamar el origen indígena del objeto, este adquirirá tal calidad de manera inapelable.

La moción hace competente a los tribunales chilenos en el juzgamiento de extranjeros que sin estar en territorio nacional, negocien la exportación ilegal en su favor, o en favor de terceros de los bienes culturales contemplados en esta normativa, señalándose que la oferta de monumentos nacionales en medios virtuales hace presumir la responsabilidad legal de este delito. La iniciativa parlamentaria prohíbe la aplicación de atenuantes calificadas, y pena como consumados tanto el delito de daños, como los de robo, hurto, y receptación de monumentos nacionales, aunque hayan sido cometidos hasta el grado de tentativa. Asimismo, impide la aplicación del principio de oportunidad (renuncia a la acción penal) respecto a delitos contra el patrimonio cultural.

El patrimonio cultural inmaterial comprende los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas - junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes - que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural.

Además, está constituido por las tradiciones y expresiones orales indígenas, incluido el idioma (**Los idiomas indígenas serán monumentos inmateriales de la Nación chilena por el sólo ministerio de la ley**); las artes del espectáculo y representaciones artísticas; los rituales, carnavales, ceremonias y actos festivos, siempre que sean colectivos y de clara raigambre y origen local; los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; y, las técnicas artesanales tradicionales, con reconocimiento local, y características particulares.

La propuesta agrega al Consejo de Monumentos Nacionales un representante del Colegio de Antropólogos de Chile, un profesor de lingüística de la Universidad de Chile, un estudioso del folklore nacional nombrado por el Presidente de la República y un profesor universitario o experto en historia indígena también nombrado por el Presidente, para juzgar adecuadamente la calidad de monumento nacional del patrimonio inmaterial.

El 06 de octubre de 2004, el Pleno de la Corte Suprema informa el mencionado proyecto de ley. Los Ministros hacen notar “la inconveniencia de lo preceptuado en el inciso final del artículo 2 del proyecto en análisis, en cuanto excluye o proscribiera el principio de oportunidad por parte del Ministerio Público, respecto de los delitos que allí se establecen”.

En estos momentos el Proyecto se encuentra en la Comisión de Educación, Cultura, Deportes y Recreación, con acuerdo aprobado para ir a la Comisión de Recursos Naturales, Medio Ambiente y Patrimonio, lo que debe ser ratificado por la Sala de la Cámara.

Opinión:

El proyecto es positivo en cuanto al endurecimiento de las normas penales sobre tráfico y destrucción de patrimonio cultural indígena. La jurisdicción extraterritorial de Chile, la presunción de responsabilidad penal si se ofrece la venta de estos bienes en Internet, la eliminación del principio de oportunidad, entre otras medidas, garantizan una respuesta fuerte ante este problema.

Lo mismo ocurre respecto de las restricciones de préstamos de bienes culturales al extranjero, las que deben contar con la participación (consulta) de los pueblos afectados con la medida, como toda medida administrativa.

Lo negativo de este proyecto es que hace de los idiomas indígenas parte del patrimonio cultural de la Nación Chilena. Debió decir que los idiomas indígenas son patrimonio de los pueblos. Esta norma aumenta las posibilidades de disposición arbitraria de los idiomas indígenas, por ejemplo, para programas de computación que limiten o no solucionen la brecha digital, o difundiendo grafemarios indígenas resistidos por los pueblos.

La norma que implica consentir medidas de intervención administrativa sobre el patrimonio cultural puede evitar estas nefastas consecuencias, dependiendo de su utilización. El proyecto señala que si una decisión afecta gravemente la identidad de un pueblo, debe ser consentida y no sólo consultada. De lo contrario, la medida es nula.

Las objeciones del pueblo mapuche sobre el nombramiento del nguillatun como patrimonio inmaterial de la UNESCO pueden verse replicadas en el derecho interno en virtud de esta ley. No obstante, el nguillatun no podrá ser declarado patrimonio inmaterial sin la consulta a los pueblos, lo que de suyo puede prestarse para jugar con la norma (¿quién consiente, una comunidad o las organizaciones representativas?)

Este proyecto debe ser consentido por los pueblos, pues todos son afectados por sus normas. Debe presentarse una indicación que establezca que los idiomas son patrimonio de los pueblos, y no de la Nación Chilena. El idioma es algo tan importante para la supervivencia de los pueblos que toda medida relativa a él debe ser consentida y no meramente consultada.

b) Convención sobre Defensa del patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas²³.

N° Boletín:	3746-10
Fecha de Ingreso:	Martes 14 de Diciembre, 2004
Iniciativa:	Mensaje
Tipo de proyecto:	Proyecto de ley
Cámara de origen:	C. Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana

Conocido también como Convenio de San Salvador, fue suscrito por Chile el 12 de junio de 1978, y sus objetivos básicos son la identificación, registro, protección y vigilancia de los bienes que integran el patrimonio cultural de las naciones americanas.

El Convenio establece que el régimen de propiedad de los bienes culturales, su posesión y enajenación dentro de los territorios de los Estados, será regulado por la propia legislación interna. Sin embargo, cuando se reclame un bien obtenido en forma ilícita, será el Estado requerido quien apreciará las

²³ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3746-10

pruebas presentadas por el requirente. En cuanto a la devolución y recuperación de bienes culturales, el instrumento sólo se refiere a los bienes culturales que hayan sido sustraídos con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención.

Los Estados Partes se obligan a tomar las medidas que consideren eficaces para prevenir y reprimir la exportación, importación y enajenación de los bienes culturales.

En tanto, la Secretaría General de la OEA deberá velar por la aplicación y efectividad de esta Convención; promover la adopción de medidas colectivas destinadas a la protección y conservación de los bienes culturales de los Estados Americanos; y establecer un registro Interamericano de bienes culturales, muebles e inmuebles, de especial valor.

También deberá promover la armonización de las legislaciones nacionales sobre esta materia; otorgar y gestionar la cooperación técnica que requieren los Estados Parte; difundir informaciones sobre los bienes culturales de los países integrantes y sobre los objetivos de la Convención y, por último, promover la circulación, intercambio y exhibición de bienes culturales entre los Estados Parte.

El día de su presentación al Congreso pasó a la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana, donde espera ser aprobada o rechazada, pues los tratados internacionales no pueden ser modificados por ninguna de las Cámaras.

Opinión:

Este tratado internacional establece un nivel de protección del patrimonio arqueológico de nuestros pueblos, de nuestros antepasados. El que deje a la legislación interna la propiedad y posesión de tales bienes, es bueno, pues de lo contrario, podría haber impuesto la propiedad estatal sobre los bienes culturales arqueológicos.

Se debe presionar a nivel de la OEA para que la Secretaría, que tiene el deber de trabajar por uniformar la legislación americana sobre estas materias, lo haga teniendo en cuenta el desarrollo de la Declaración de Derechos de los Pueblos indígenas de la misma OEA.

Desde la perspectiva del tráfico, vemos que este tratado tiene un alcance limitado. El tráfico se produce para Europa, no sólo entre países americanos. Chile firma tratados regionales, pero deja sin suscribir los universales, que obligan a toda la comunidad internacional (incluida Europa, gran destino del tráfico). La Convención sobre la protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, de La Haya, 1954; la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prevenir la exportación, importación y transferencia de propiedad

de Bienes Culturales, suscrita en París el año 1970; el Convenio de UNIDROIT sobre los Bienes Robados o Exportados ilícitamente de 1995, y la Convención sobre la protección del patrimonio subacuático", de la UNESCO, año 2001; entre otras, no han sido suscritas por Chile. Cada uno de estos tratados debe ser analizado por nosotros, para eventualmente solicitar al Presidente que los presente al Congreso para su aprobación.

c) Aprueba el Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú, sobre Protección y Restitución de Bienes Culturales y su Anexo, suscrito el 23 de agosto de 2002²⁴.

N° Boletín:	3567-10
Fecha de Ingreso:	Martes 22 de Junio, 2004
Iniciativa:	Mensaje
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapa:	Primer trámite constitucional
Subetapa:	Discusión general

El convenio señala los bienes a los que se aplica este instrumento, los que serán designados por la legislación de ambas naciones como de importancia para la historia, arte o ciencia. Entre ellos, figuran el producto de excavaciones y exploraciones arqueológicas, obras de arte, objetos religiosos, monumentos y el patrimonio cultural subacuático. También están los documentos provenientes de los archivos oficiales de gobiernos centrales, regionales o municipales; las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía y objetos de interés paleontológico. Se menciona también a los objetos de arte y utensilios de los grupos étnicos extinguidos o en peligro de extinción; manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones de interés cultural; muebles y/o mobiliario, equipos e instrumentos de música de interés histórico y cultural.

El Tratado establece medidas legales para prohibir el tráfico ilícito de bienes culturales, especialmente arqueológicos o artísticos coloniales entre ambos países. Para su exportación, requerirán de una autorización expresa, entregada por la autoridad correspondiente. De lo contrario, los bienes serán incautados y se informará a las autoridades diplomáticas o consulares.

Ambos países tendrán dos obligaciones básicas: intercambiar información destinada a identificar a los responsables de apropiación o exportación ilícita; y procurar difundir entre sus respectivas autoridades aduaneras

²⁴ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3567-10

y policiales de puertos, aeropuertos y frontera, información sobre los bienes culturales que pueden ser objeto de apropiación o exportación ilícitas, para facilitar su identificación y la aplicación de las medidas correspondientes.

A solicitud expresa de la autoridad competente de la administración cultural de uno de los países, el otro empleará los medios legales correspondientes para restituir los bienes culturales que hallan sido exportados ilícitamente.

El día 13 de julio de 2004, la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana, dio informe positivo del tratado, y está en espera de ser votado en la Sala.

Opinión:

La misma que el tratado anterior.

6.- Proyectos sobre genocidio.

a) Proyecto de ley que modifica el Código Penal en relación delito de genocidio²⁵.

N° Boletín:	819-07
Fecha de Ingreso:	Martes 13 de Octubre, 1992
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	Senado
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapa:	Segundo trámite constitucional
Subetapa:	Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia
Senadores proponentes:	Frei Ruiz-Tagle, Eduardo Pacheco Gómez, Máximo Ruiz-Esquide Jara, Mariano

Este proyecto de ley señala que dado que el Gobierno de Chile ha ordenado cumplir como Ley de la República, la convención para la prevención y

²⁵ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?819-07

sanción del delito de genocidio (D.S. 316 de 5 de junio de 1953, publicado en el Diario Oficial de 11 de diciembre de 1953), es necesario reformar su legislación interna.

Así, propone un nuevo delito de genocidio:

“Comete genocidio el que, con el propósito de **destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tal:**

1° *Ejecuta alguno de los delitos a que se refieren los artículos 342, 343, 345, 349, 357, 391, 395, 396, 397 y 398, (**delitos de homicidio, aborto, lesiones, abandono de niños y personas desvalidas y el de inducción al abandono de hogar**) en tal caso sufrirá la pena asignada al delito aumentada en un grado. Si dicha pena fuere la de muerte, deberá imponerse la de presidio perpetuo;*

2° *Someta al **grupo** o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud. Esta conducta será castigada con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados”.*

*En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo **desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros**, adoptaren medidas que tengan por objeto impedir nacimientos en el seno del grupo o **busquen impedir su género de vida** o bien **trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro**”.*

Agrega que el delito de genocidio no prescribe (vale decir, el paso del tiempo no deja el delito en la impunidad), y que jamás será considerado delito político.

El 29 de marzo de 1993, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, con la asistencia de los senadores con asistencia de los HH. Senadores señores Hernán Vodanovic Schnake (Presidente), Sergio Diez Urzúa, Sergio Fernández Fernández, Ricardo Martín Díaz, Carlos Letelier Bobadilla y Máximo Pacheco Gómez, emitió su primer informe a la Sala. En él se señala que recibió los informes de los abogados penalistas Alfredo Etcheberry y Miguel Alex Schweitzer.

El profesor Etcheberry señaló que la Convención se refiere "al grupo" nacional, étnico, racial o religioso contra el cual se perpetren determinados actos; el proyecto de ley lo hace al grupo "o a cualquiera de sus individuos". Ambas posiciones le parecen exageradas, proponiendo, por ello, como término medio, referirse "al grupo en su totalidad o parte importante de él...".

Asimismo, solicitó incluir sanción expresa a la asociación, la instigación, la tentativa y la complicidad en el delito de genocidio, para que no queden impunes. Por último, solicitó abordar el tema de la obediencia debida.

Por su parte, el profesor Miguel Alex Schweitzer, planteó sustituir en el inciso segundo la expresión "impedir el nacimiento" por la oración "impedir la reproducción" lo que incluiría "el uso obligado de anticonceptivos, la legalización del aborto coactivo, la segregación de sexos y otras formas constitutivas de genocidio".

"Cree también importante señalar la conveniencia de estudiar la sanción a los actos preparatorios del genocidio, como pueden ser la realización de estudios o investigaciones para desarrollar un genocidio o la posesión de elementos destinados a perpetrar un genocidio".

Respecto de la imprescriptibilidad, solicitó que se establezca sólo para el caso de genocidio físico, es decir, muerte de uno o más miembros del grupo, y cuando el exterminio sea de consideración.

Justamente es esta última la modificación más relevante al proyecto de ley de la Comisión en su Primer Informe, pues se limita la imprescriptibilidad sólo al genocidio físico.

Acordado en sesiones celebradas con esta fecha y los días 22 de octubre de 1992 y 9 de marzo de 1993, con asistencia de los HH. Senadores señores Hernán Vodanovic Schnake (Presidente), Sergio Diez Urzúa, Sergio Fernández Fernández, (Ricardo Martín Díaz), Carlos Letelier Bobadilla y Máximo Pacheco Gómez.

El 21 de abril de 1993, el senado aprobó en general el texto propuesto por la Comisión pero con indicaciones (propuestas de reforma).

El 07 de junio de 1993 la misma Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado emite segundo informe, en el cual se analizan las indicaciones presentadas en la Sala.

La primera indicación es la del senador Cantuarias, que sugiere crear la circunstancia agravante de cometer el delito con propósito de genocidio.

La Comisión rechaza la propuesta pues ese no es el criterio de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio pues ella condena el genocidio como la realización de ciertos actos específicos (homicidio, lesiones, violación, entre otros). Además, el genocidio no es un elemento incidental subjetivo de todo delito, sino que es "parte integrante de acciones específicas". La indicación fue desechada con los votos de los senadores Díaz, Díez, Fernández, Letelier y Vodanovic.

El mismo Senador Cantuarias propuso restringir el delito de genocidio al hecho de causar la muerte de dos o más integrantes de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, con el propósito de destruirlo total o parcialmente, lo que fue rechazado por la unanimidad de la Comisión.

El Senador Sergio Fernández propuso la eliminación del inciso 2 que “sanciona con la misma pena señalada en el inciso primero de ese número a los que llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de parte importante de él, adoptaren medidas que tengan por objeto impedir la reproducción en el seno del grupo o busquen impedir su género de vida o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro”, pues esta norma no expresa como la del inciso primero que deba cometerse con intención genocida.

La Comisión (compuesta por los senadores Díaz, Díez, Fernández, Letelier y Vodanovic) dejó esta disposición como inciso 3°:

“Llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de parte importante de él, adopta medidas que tengan por objeto afectar la capacidad de reproducción de sus individuos en el seno del grupo, o bien traslada individuos por la fuerza de un grupo a otro”.

La Comisión a su vez reemplazó las palabras "impedir la reproducción", por "afectar la capacidad de reproducción de sus individuos", por ser más comprensivas. Suprimió la frase "o busquen impedir su género de vida", por cuanto “esta acción, que no está consultada en la Convención, **es una figura vaga y difícil de precisar**”.

El día 15 de junio de 1993, la Sala discute el proyecto propuesto por la Comisión en segundo informe y es aprobado en general y particular a la vez, por lo que pasa a la Cámara de Diputados en Segundo Trámite constitucional. El 22 de junio de 1993 pasa a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. El texto del proyecto a esa altura era el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo 1°.- Reemplázase el epígrafe del párrafo primero del Título III del Libro II del Código Penal, por el siguiente:

“1.- De los crímenes contra la humanidad y del genocidio en especial”.

Artículo 2°.- Reemplázase el artículo 137 del Código Penal por el siguiente:

“Artículo 137.- Comete genocidio el que, con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en cuanto tal:

1°. Ejecuta alguno de los delitos de homicidio, aborto, abandono de niños y de lesiones a que se refieren los artículos 342, 343, 345,

346, 349, 357, 391, 395, 396, 397 y 398. *En tal caso, sufrirá la pena asignada al delito aumentada en un grado. Si dicha pena fuere la de muerte, deberá imponerse la de presidio perpetuo;*

2°. Someta al grupo o a parte importante de él a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud;

3°. Lleva a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de parte importante de él, adopta medidas que tengan por objeto afectar la capacidad de reproducción de sus individuos en el seno del grupo, o bien traslada individuos por la fuerza de un grupo a otro.

Las conductas descritas en los números 2° y 3°, serán castigadas con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados."."

Artículo 3°.- Agréganse los siguientes incisos al artículo 101 del Código Penal:

"Tratándose del delito de genocidio, la acción penal y la pena, en los casos a que se refiere el N° 1° del artículo 137, son imprescriptibles.

En ningún caso el delito de genocidio será considerado como delito de carácter político."

El 16 de marzo de 1994 el Presidente de la República incluye el proyecto en la legislatura extraordinaria, sin ningún efecto práctico.

Por razones de las cuales no tenemos seguridad, en la Comisión de la Cámara de Diputados se solicita el archivo del proyecto. El Senado, rechazó esta medida el 17 de junio de 1997, y el 16 de junio de 1998.

Opinión:

El delito de genocidio es uno de los aportes del derecho internacional a las legislaciones internas en beneficio de los pueblos. Protege penalmente el derecho colectivo de los pueblos a existir.

Existen diversos tipos de genocidio: El físico o biológico (como ocurrió durante la conquista de América), el cultural (también denominado etnocidio, como a los mapuche pehuenche de Ralco), y algunos postulan el genocidio económico (despojando la base material de reproducción de los pueblos, o lo que es lo mismo, quitándoles sus medios de subsistencia, como en el caso de los recursos hídricos a los pueblos andinos, o los pesqueros a los pueblos mapuche lafquenche y mapuche williche).

Podemos ver la importancia de este proyecto de ley para los pueblos indígenas, que tienen la característica de ser “**grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos**”, sin dejar por ello de ser pueblos.

Ahora bien, la tramitación de este proyecto de ley muestra como puede perjudicarse a los pueblos indígenas, eliminando cualquier referencia a ellos.

Así, es responsabilidad de Miguel Alex Schweitzer, abogado penalista de derecha, defensor de Augusto Pinochet Ugarte, el que haya quedado como delitos prescriptibles (impunes con el paso del tiempo), los delitos de:

- Someter al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.
- Llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros
- Adoptar medidas que tengan por objeto impedir nacimientos en el seno del grupo
- Adoptar medidas que busquen impedir su género de vida
- Trasladar individuos por la fuerza de un grupo a otro”.

Es de responsabilidad de Sergio Fernández, ex Ministro del Interior de Pinochet, y a esa altura senador designado (no electo popularmente, sino por mecanismos antidemocráticos establecidos en la Constitución de 1980), el haber propuesto que estas mismas conductas desaparecieran del proyecto, y debemos agradecer el que la Comisión no lo haya hecho.

Finalmente, es responsabilidad de la Comisión de Constitución del Senado (compuesta por los senadores Hernán Vodanovic Schnake (Presidente), Sergio Diez Urzúa, Sergio Fernández Fernández, (Ricardo Martín Díaz), Carlos Letelier Bobadilla y Máximo Pacheco Gómez), el haber suprimido la frase "o busquen impedir su género de vida". Justamente esta simple fórmula incluye el etnocidio o genocidio cultural y eventualmente otros tipos de genocidio como el económico, que actualmente son las técnicas más sofisticadas y comunes de genocidio. Es una ignorancia inexcusable haber rechazado esta frase por “vaga y difícil de precisar”, pues el Código Penal español en su artículo 607 sanciona como genocidio al que adopte “cualquier medida que tienda a impedir su género de vida”, justamente para sancionar otros tipos de genocidio que no son el biológico.

Finalmente, **lo que podría perfeccionarse**, además de los puntos ya analizados es la exigencia de dolo directo o intención maliciosa. Vale decir, exigir que un genocida deba tener como intención principal la exterminación de un pueblo para ser sancionado, es dejar impunes las conductas donde el genocidio no es la intención directa de quien lo comete. Así, si una transnacional despoja forzosamente de sus tierras a un pueblo, y los desplaza forzosamente, entonces no habría genocidio, pues eso lo hacen para generar ganancias y no con la intención directa del exterminio de un pueblo. Esto es algo jurídicamente discutible, pero el principio pro reo (favorecimiento del imputado de un delito), y de

tipicidad penal (que no existe delito sin una norma previa que lo sancione criminalmente) abonan al peligro dejar en la impunidad al etnocidio y al genocidio económico.

Asimismo, podría sancionarse la defensa, la apología, la justificación y la difusión de ideas o doctrinas genocidas. Para ello podría acudirse a una norma expresa del Código Penal, o a un inciso segundo del artículo 31 de la Ley 19.733 sobre libertades de opinión y de información, que sanciona el “discurso odioso” (de odio u hostilidad “respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad” que es sancionado “con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales”. En caso de reincidencia, “se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales”)²⁶

b) Proyecto de ley que penaliza las conductas constitutivas de genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra²⁷

N° Boletín:	3493-07
Fecha de Ingreso:	Miércoles 7 de Abril, 2004
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	Senado
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento
Senadores proponentes:	Naranjo Ortiz, Jaime Viera-Gallo Quesney, José Antonio

Este proyecto reforma el Código Penal. Entre las normas relevantes y específicas para los pueblos indígenas encontramos las siguientes.

Califica como **GENOCIDA** al que **“con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal, cometa”** homicidio, agresiones sexuales y lesiones graves, quienes sufrirán la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Asimismo, entre los **DELITOS DE LESA HUMANIDAD**, el proyecto de ley incluye quien **“como parte de un ataque sistemático o generalizado contra una**

²⁶ Una UTM equivale a mayo de 2005 a 30.333 pesos chilenos.

²⁷ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3493-07

población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización o para promover esas políticas”: (...)

“c) Practique **deportaciones o traslados forzosos**, desplazando a una o más personas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que están legítimamente presentes a otro Estado o lugar dentro del territorio de la República, **sin motivos autorizados por el Derecho Internacional**;

h) **Prive a una persona de su capacidad reproductiva** contra su voluntad y sin justificación en un tratamiento médico o clínico o **forzare el embarazo de una mujer con la intención de modificar la composición étnica de la población**;

j) Prive a otro, en forma intencional y grave, de sus derechos fundamentales **en razón de su pertenencia a un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros.**

Los actos ejecutados en el contexto de un **régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial** sobre uno más grupos raciales y con la intención de mantener este régimen se considerarán siempre como un ataque de aquéllos referidos en el Inciso primero”.

Estos delitos tienen asignada una pena de “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si se hubiera cometido homicidio y concurrieren dos o más agravantes se impondrá siempre el presidio perpetuo, simple o calificado”.

En tercer lugar, el proyecto califica entre los **CRÍMENES DE GUERRA**, con penas de presidio mayor en su grado medio, cuando “al que en el marco de un conflicto armado de cualquier tipo”: (...)

“c) Privare a personas civiles de objetos indispensables para su supervivencia con la intención de hacerlos **padecer hambre como método de guerra**, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo;

d) Ordene, directa o indirectamente, el **traslado de parte de su propia población a un territorio ocupado o la deportación, expulsión o traslado de la población civil del territorio ocupado fuera o dentro de ese territorio**”

“La misma pena, además de aquélla previstas por el resultado de las conductas lesivas cometidas, se aplicará al que, en el marco del conflicto armado: (...)

b) Ordene o **haga una declaración en el sentido que no hayan sobrevivientes para amenazar a un adversario u ordene proceder a las hostilidades de manera que no quedasen sobrevivientes**;

El 07 de abril de 2004, el proyecto pasa a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, donde a pesar de haber sido incluido en la legislatura extraordinaria de 2004, duerme sin urgencias ni voluntades políticas favorables.

Opinión:

Este proyecto tiene los mismos defectos estructurales del anterior: limita el genocidio a acciones cometidas con dolo directo. Otro defecto es que sanciona la deportación y el traslado forzoso, la afectación de las capacidades reproductivas, y la privación de derechos por motivos de raza, etnia, cultura, etc, sólo si constituyen un **ataque sistemático**. Cabe definir lo que se considera ataque, y lo que se considera sistemático. Esta fórmula amenaza con la impunidad de diversas conductas genocidas.

Lo positivo es que aborda algunos crímenes ligados a la existencia de los pueblos indígenas cometidos en el marco de conflictos armados, aunque no con la suficiente completad que se quisiera.

Además, aborda el gran tema de la obediencia debida, que busca establecer la responsabilidad penal de un subalterno cuando recibe órdenes de cometer crímenes. Estas normas son de una crudeza estremecedora, pero buscan ajustar las normas de la guerra a ciertos parámetros, que no siempre son suficientes, pero que de no ser enfrentados, producen un silencio legal aún más grave. Así, el proyecto dispone que el subalterno, sea civil o militar, “será eximido de responsabilidad penal si estuviere obligado por ley a obedecer dichas órdenes y no supiera que la orden era ilícita”, caso en el cual es responsable su superior, o quien emite la orden. No obstante, “no procederá la eximente de responsabilidad anterior en el caso que la orden fuera manifiestamente ilícita. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra son siempre manifiestamente ilícitas”.

Finalmente, el proyecto establece una jurisdicción extraterritorial, pues “*serán sometidos a la jurisdicción chilena los delitos a que se refieren los párrafos anteriores, cuando hayan sido cometidos por chilenos o sus víctimas fueran connacionales, aún cuando hubieran ocurrido en el extranjero*”. Esta norma de suyo es perfectible, sin perjuicio de las normas de derecho internacional que puedan aplicarse en el caso concreto.

7.- Proyectos de contingencia y reacción.

a) Proyecto de Ley que Establece incentivos y prohibiciones en la adquisición de predios con uso de recursos del Fondo de Tierras Indígenas²⁸

N° Boletín:	3018-01
Fecha de Ingreso:	Jueves 1 de Agosto, 2002
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	C.Diputados
Urgencia actual:	Sin urgencia
Etapas:	Primer trámite constitucional
Subetapas:	Primer informe de Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural
Diputado proponente:	Díaz Del Río, Eduardo

La ley N° 19.253 estableció una serie de beneficios que permiten a los indígenas adquirir tierras a través de la Conadi, institución que compra los predios con el Fondo para Tierras y Aguas Indígenas establecido por la ley para ser asignados a los postulantes de tal beneficio. Para el autor de este proyecto, en este proceso no se ha considerado como un elemento de juicio la pertenencia o no a grupos o comunidades que hayan desarrollado actividades violentistas o perturbadoras del orden público.

Dice el proyecto "No es aceptable que tengan el mismo puntaje aquellos grupos que se desarrollan en paz y tranquilidad que aquellos que promueven las usurpaciones de predios y ejecutan actos de violencia en contra de instalaciones, bienes e incluso las personas como medio de presión para que la propiedad agrícola o forestal sea vendida". Pone como ejemplo el caso del Fundo Alaska de propiedad de Forestal Mininco.

Es por ello que este proyecto agrega a continuación del inciso cuarto de la letra a) del artículo 20 de la ley N° 19.253, dos nuevos incisos que señalen:

"Serán suspendidas las postulaciones de aquellas personas que se encuentren sometidas a proceso por hechos de violencia referidos a usurpaciones de terreno, atentados contra las personas o contra la propiedad, sea ésta privada o fiscal.

Serán excluidas de toda postulación al Fondo de Tierras y Aguas Indígenas las personas que hayan sido condenadas por los delitos de homicidio, cuasidelito de homicidio, incendio, lesiones, daños o asociación ilícita en casos referidos a la usurpación de predios agrícolas, inmuebles, sean privados o públicos, o atentados en contra cualquiera de éstos".

²⁸ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?3018-01

Desde el 1 de agosto de 2002, el proyecto se encuentra en Cuenta, en la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados, sin urgencia, ni voluntad política para ponerlo en tabla.

Opinión:

Este proyecto de ley no considera que el proceso de violencia emprendido por algunas organizaciones mapuche tiene como solución la vía contraria a la mera represión, sea penal o administrativa, como en este caso.

Como señaló el año 2003 en su visita a Chile, don Rodolfo Stavenhagen, Relator de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU: *“La violencia debe ser evitada a toda costa en las luchas sociales, pero la violencia es imputable no sólo a uno, sino que a todos los actores. Cuando un pueblo sufre represión y violencia por parte del Estado, sobretodo por parte de fuerzas militares, paramilitares o policíacas durante años, no debe extrañar ni sorprender que a veces la reacción también pueda ser violenta. Es una forma de contraviolencia frente a lo que -en términos sociológicos- llamamos la violencia estructural de la que han sido víctimas durante tantos siglos los pueblos indígenas en muchas partes del mundo. El problema de la violencia en el marco de la resistencia o de las luchas por los derechos humanos es que no debe ser tratada simplemente como un asunto de derecho penal sino que debe ser enfrentada con mucha tolerancia, entendimiento y apertura por parte de las autoridades y se deben buscar soluciones negociadas, soluciones políticas a problemas sociales como estos de los derechos humanos”*. Sin un tratamiento integral, y sólo reprimiendo, el problema indígena seguirá vivo.

Asimismo, es necesario manifestar que este proyecto no da cuenta de que la criminalización de la demanda indígena ha implicado la utilización de leyes en violación de estándares internacionales de derechos humanos, autoatentados “cargados” a personas u organizaciones, y otras técnicas represiva. Conviene pedir su archivo.

b) Proyecto de Ley que modifica la ley N° 19.245, sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, privando de los beneficios patrimoniales que establece a quienes sean condenados por delitos que indica²⁹.

N° Boletín:	2916-06
Fecha de Ingreso:	Miércoles 17 de Abril, 2002
Iniciativa:	Moción
Cámara de origen:	Senado
Urgencia actual:	Sin urgencia

²⁹ http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2916-06

Etapa:	Primer trámite constitucional
Subetapa:	Primer informe de Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización
Senadores proponentes:	Sabag, Hosain Zaldívar, Adolfo

Los senadores proponentes, presentan un nuevo Artículo 78 de la Ley Indígena, que dispone “Los beneficios de carácter patrimonial que, en virtud de esta ley o de otra disposición legal, el Estado otorgue a personas indígenas, no favorecerán a los condenados por delitos cometidos como expresión de sus requerimientos o como forma de presión para la obtención de los referidos beneficios”.

Opinión:

Esta medida es más intensa y amplia que la anterior, pues no sólo abarca al Fondo de Tierras y Aguas, sino que a todo beneficio pecuniario, incluso a los concursos públicos para proyectos de fomento productivo.

Se incluyó en la legislatura extraordinaria a fines de 2004, pero no alcanzó a tramitarse.

Respecto a este proyecto se replica la misma opinión anterior.

8.- Pre-proyectos de Ley:

No puedo dejar de mencionar aquí a dos pre-proyectos de ley que actualmente están en determinados grupos de trabajo del Gobierno, los cuales están en determinados grupos de trabajo de Gobierno, y aún no se han presentado al Congreso Nacional:

a) Pre-proyecto de Ley que crea la Subsecretaría Nacional Indígena:

Este Proyecto fue difundido ante los Consejeros Indígenas de la CONADI por el Subsecretario de Mideplan (Ministerio de Planificación), el 15 de marzo de 2004.

Una de las promesas del Presidente Lagos al entregar las conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, es justamente la creación de una Subsecretaría Indígena.

Se modifica la Ley la Ley del Mideplan N° 18.989, otorgándole como una de sus funciones la de “Elaborar y proponer al Presidente de la República la política indígena en sus aspectos global, sectorial y regional, oyendo y coordinando las propuestas de los diferentes sectores involucrados”

Asimismo, a la organización actual del Ministerio, se agregan como funcionarios un Subsecretario de Asuntos indígenas, y una División de Política Indígena de la Subsecretaría de Asuntos Indígenas. La División tendrá por fin “la planificación, proposición, coordinación, seguimiento y evaluación de la política indígena del estado así como del apoyo jurídico administrativo de la Subsecretaría de Asuntos Indígenas”.

Finalmente, se modifica el artículo 41 de la Ley indígena. Así, el mando superior de la CONADI no será ya de su Director Ejecutivo sino del Subsecretario de Asuntos Indígenas. Asimismo se agregan al Consejo de la CONADI los Subsecretarios de Justicia, Vivienda, de Desarrollo regional y Administrativo (Subdere - Interior); y Consejeros Indígenas quechua, colla, y un yámana o kawáshkar en representación de las comunidades indígenas de los canales australes de Chile.

Opinión:

La creación de una Subsecretaría indígena es un arma de doble filo. Se señala que la creación de un Ministerio, de una Superintendencia, o de una Subsecretaría dará mayor realce del tema indígena y sus ribetes políticos. A mayor jerarquía institucional, mayor voluntad política y cercanía con el poder. No obstante, este argumento contiene una falacia: Cada vez que se ha creado un órgano público especial, no obstante su jerarquía, debe obedecer los lineamientos

políticos de la autoridad que lo nombra. Ni una Subsecretaría ni un Ministerio Indígena subsanarán el intervencionismo político que ha costado las cabezas de dos Directores de Conadi cuando han tratado de defender los derechos de los pueblos (RALCO).

Una institución de gobierno sólo puede garantizar la defensa de tales derechos con independencia si es una institución constitucionalmente autónoma, como el banco Central, por ejemplo, que no responde ante los poderes de turno, y cuyo Presidente no puede ser destituido por decisiones que caiga mal en el Gobierno, cosa que no ocurre con un Ministro ni con un Subsecretario, que dependen de la exclusiva confianza del Presidente, y por ende, detentan mandatos revocables sin expresión de causa.

Ahora, siendo suspicaces, y siendo cautos, frente el actual funcionamiento de Mideplan, es de esperar que la División de Política Indígena no se convierta en un organismo que pueda entorpecer el proceso de autonomía, cooptando líderes indígenas en políticas e instituciones de gobierno, planificando la desestructuración de organizaciones representativas indígenas, disgregando y atomizando a las organizaciones ya formadas, y apagando con proyectos y recursos públicos cualquier asomo de conflicto social que reclame soluciones de fondo. En el fondo, debe garantizarse que asuma un rol de gestor y evaluador de políticas públicas, y no el rol de “operador político”.

Otro punto es que aumentan los Consejeros Indígenas, la única forma especial de participación indígena que reconoce el derecho chileno, en conjunto con las mesas regionales. El asunto es que no obstante los Consejeros electos por voto popular aumentan a 11, los funcionarios de Gobierno aumentan a 13, por lo que el desequilibrio de votos a favor del Gobierno en el seno del Consejo sigue siendo alto. En el fondo se resta cualquier posibilidad al Consejo de utilizar sus facultades con plena autonomía a favor de los pueblos.

Por último, recomiendo que este pre proyecto debe ser negociado y su texto consentido por los pueblos. Los Consejeros de Conadi tienen el deber de llevar al seno del Consejo Conadi la voz de quienes representan. Deben, desde ya, dar a conocer el texto de este pre proyecto, e iniciar un proceso de consentimiento informado previo, para llevar las reformas que se acuerden al Consejo. Y si es rechazado, el gobierno tiene el deber de archivarlo.

b) Pre-proyecto de ley sobre acceso a Recursos Genéticos:

Este pre proyecto de ley “tiene por objeto facilitar el acceso a “los recursos”, estableciendo compensaciones y su distribución equitativa por el beneficio que de aquellos se obtenga, propiciando una valorización patrimonial de los mismos y la importancia de su conservación y preservación, reconociendo los conocimientos y usos tradicionales que respecto de dichos recursos sustentan personas y grupos”.

Trata a los recursos genéticos como un “recurso natural”, respecto del cual el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible sobre los recursos genéticos nativos chilenos y sus metabolismos secundarios, “comprenderse en estos aquellos provenientes de material genético obtenido de flora, fauna, hongos y microorganismos que tengan su origen en Chile”.

El Pre proyecto establece Convenios de Acceso para explorar o hacer prospecciones con material genético. El Estado tendrá la representación de quienes provean tal material. El Estado es también quien recibe las compensaciones y ganancias pactadas con el “explorador”, las que pueden ser en dinero, bienes o servicios, y no inferior al 3% de las utilidades líquidas obtenidas. El Convenio fijará los derechos y obligaciones de las partes, mientras que un reglamento “determinará el procedimiento para la suscripción de los convenios de accesos y compensación, en su caso; establecerá el contenido de los convenios de acceso y compensación, las condiciones y restricciones que deban observarse cada caso, según la naturaleza de los recursos comprometidos y la finalidad de los mismos, los sistemas de seguimiento del cumplimiento de los derechos y obligaciones acordados; la forma en que participaran los agentes proveedores en la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de las prestaciones o modalidades en que estos puedan expresarse y la forma de reconocimiento y protección a los conocimientos tradicionales de las comunidades proveedora”.

Quien pretenda, desde el extranjero, ver reconocida su patente sobre germoplasma de Chile en este país, debe contar con un Convenio de compensación, so pena de no ver reconocidos sus derechos aquí.

Los Convenios de acceso y de compensación, no son públicos por naturaleza, y su régimen de publicidad o reserva, será determinado por un reglamento.

El art. 13 el pre proyecto establece que “El consejo Nacional de Biotecnología con consulta previa a los organismos componentes de la administración del estado que corresponda, podrá designar a una o más entidades de derecho público o privado, sin fines de lucro, para que operen oficialmente bancos de germoplasma de recursos nativos chilenos y sistema de conservación de los mismos”.

La coordinación y supervigilancia de los fines de este futuro proyecto de ley estará a cargo de CONAMA.

Opinión.

La verdad es que este pre proyecto de ley es nefasto, un verdadero peligro para la autonomía genética de los pueblos, y sus posibilidades de desarrollo económico.

Primero, esta ley es una ley que usurpa conocimientos genéticos ancestrales. Los conocimientos son de los pueblos, no del Estado. Los indígenas son “proveedores”, no legítimos dueños de su conocimiento. El Estado puede negociar con los pueblos un estatuto para hacer más fácil o más difícil el acceso a los recursos, pero no puede quitarles POR LEY lo que es propio. Estamos en presencia de un “robo legal” como muchos.

Segundo, el pre proyecto no implementa de manera expresa el derecho de los PUEBLOS al consentimiento informado previo. Un pueblo es el que debe aceptar o rechazar el acceso al recurso (sus recursos, pues le son propios). La representación del Estado de Chile en los convenios de acceso implica limitar las posibilidades de este consentimiento. Se puede representar a personas de mayor edad o a personas incapaces legalmente. Aquí estamos en presencia de una representación indígenas considerados incapacitados legalmente para decidir por sí mismos. El Estado podría prestar asesoría e información para que los pueblos decidan. Por el contrario, el Estado en el preproyecto, representa, decide, y es dueño de los recursos. Asimismo, él mismo proyecto señala que la ley tiene como fin facilitar el acceso a los recursos genéticos, por lo que la negativa de un pueblo no tendrá peso alguno a la hora de la decisión.

Tercero, el derecho a la administración del recurso no tiene reconocimiento alguno en este pre proyecto de ley, pues el Consejo Nacional de Biotecnología asume facultades de administración del recurso. Los pueblos no ven reconocido de manera expresa su derecho a fijar las políticas de administración y gestión del recurso, en aras de su desarrollo económico.

Cuarto, que al asumir que todo es patentable, que la naturaleza es apropiable de manera individual y privada, se imponen nuevamente formas jurídicas occidentales por sobre la cosmovisión indígena. La forma de relacionarse con la naturaleza (sea incluso su misma sangre) para los indígenas NO NECESARIAMENTE PASA POR LA APROPIACIÓN, MENOS POR LA OCCIDENTAL (PRIVADA, ABUSIVA, DESARRAIGADA DE LA CULTURA, LO RELIGIOSO, ETC). Es por lo mismo, un pre proyecto colonialista, que impone la propiedad privada e individual por sobre toda otra relación del indígena con la naturaleza.

Cuarto, el reparto equitativo de beneficios tampoco se ve garantizado, pues es el Estado quien recibe la compensación mínima (3%). Los “proveedores” podrían recibir algo si es que así se determina en el Reglamento. No obstante la experiencia enseña que lo que no está en el Reglamento difícilmente estará en la ley. Es la ley la que debe ordenar expresamente los contenidos mínimos de las ganancias y su reparto. Dejarlo al Reglamento es confiar demasiado en el gobernante de turno que dicta los decretos, y arroja a los pueblos a la más precaria de las inseguridades jurídicas. Claro dirá alguno, si no lo dice el Reglamento, lo dice el art. 8j del Convenio de Diversidad biológica. La respuesta es que a eso es que esperemos a que no se reconozcan los derechos de los pueblos a la legítima compensación, y demandemos al Estado en un juicio largo,

arrojando cada prospección a los tribunales. Es una estrategia arriesgada, cara, insegura, que deberá ser emprendida por comunidades pobres.

Quinto, que el Consejo Nacional de biotecnología con consulta previa a los órganos competentes puede establecer con organismos públicos o privados bancos de germoplasma. Estos bancos son el medio más idóneo para usurpar germoplasma a los pueblos, tal como lo indica la experiencia comparada, pues nada garantiza que el almacenamiento del mismo sea “altruista o conservacionista”.

Sexto, que si la supervigilancia de esta futura ley la tiene CONAMA, entonces estamos en graves problemas. CONAMA es un órgano más bien político, pues los órganos técnicos que la forman son liderados por el Intendente. Los Intendentes ya han rechazado medidas propuestas por órganos con competencia técnica e materia ambiental. Pueden acumularse innumerables rechazos de todos los órganos técnicos, pero es el Intendente quien finalmente decide. Recordemos que la CONADI señaló ante el Intendente de la VIII región que Ralco significaba el etnocidio mapuche lafkenche, y el intendente igual aprobó el proyecto. Por lo tanto, nada garantiza en esta ley el respeto a nuestros derechos, por lo que quedamos a merced del gobernante de turno.

Este proyecto debe ser analizado por los pueblos. Existe un Grupo de Trabajo que ilegítimamente realiza recomendaciones al Gobierno para mejorarlo. Creo que estas acciones inconsultas deben dejar lado a un proceso de consentimiento informado previo y colectivo de los pueblos, so pena de continuar con un pre proyecto ilegítimo y terriblemente dañino para nosotros. Por lo menos, sus miembros indígenas deberían transparentar la información. Los exhortamos amistosamente a ello.

VI.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

1. Las estrategias de derecho internacional no deben ser abandonadas, pero deben ser complementadas y debe intentarse el agotamiento de todos los medios para evitar el daño (no sólo el judicial, sino el legislativo), antes de que este ocurra, con lo cual ya no sería necesario acudir ante cada problema a órganos internacionales. El “frente interno”, tal como el “frente internacional”, son estrategias de combate; no objetivos en sí mismos, sino medios; campos de batalla o contextos de lucha, que no la lucha misma.
2. Que muchos proyectos de ley se encuentran virtualmente “durmiendo” en el Congreso, pero ello no quiere decir que no se puedan reactivar. Debemos estar atentos a cualquier movimiento.

3. Que en sólo seis meses se han aprobado leyes de largo aliento, y de gran impacto para los pueblos, como la modificación a la Ley de Propiedad Industrial, la LOC de Gobierno y Administración Regional, una reforma constitucional con varias indicaciones de reconocimiento de los pueblos deficitarias en forma y contenido que fracasaron, el Código de Aguas (luego de 13 años de tramitación), y muy pronto la Ley de Bosques. No debemos caer en la insentatez, dejando pasar estas leyes, corriendo por los pasillos de la ONU y de la OEA, y despreciando el terrible daño que se nos infiere desde el Congreso Nacional, como si este no existiera.
4. Debemos tener muy en claro que existe una diferencia entre el consentimiento y la consulta. Algunas medidas deben ser consultadas y otras consentidas. Grosso modo, las que son sólo consultadas son aquellas que en el caso concreto no afectan directa ni intensamente la identidad ni la supervivencia de los pueblos. Las consentidas, en cambio, son las que afectan sustancialmente la supervivencia y forma de vida de los pueblos. La decisión de lo que debe ser consentido y lo que debe ser consultado debe ser revisable, y en caso que de manera contraria a derecho se someta a consulta lo que debe ser consentido, la medida debe ser anulable, como ocurre en Canadá. Claramente, los proyectos de ley que analizamos aquí, deben ser consentidos, pues afectan la forma de vida y la supervivencia de los pueblos.
5. Debemos crear coordinaciones intraétnicas (con las organizaciones y autoridades de un mismo pueblo) de discusión para lograr consensos por pueblo a la hora de emprender un procedimiento de consentimiento informado previo sobre temas comunes y proyectos de ley que afecten a más de un pueblo. Esto implica enfrentar el desafío de establecer estatutos locales, o que cada pueblo posea estatutos con reconocimientos diversos de acuerdo a la materia de que se trate.
6. Debemos crear coordinaciones interétnicas (autoridades y organizaciones de distintos pueblos) para lograr consensos en temáticas comunes, con el mismo desafío anterior en el nivel de que se trata.
7. Debemos crear coordinaciones con pueblos indígenas de otros países, para la aprobación o rechazo de proyectos de ley de interés común o de interés de unos u otros (de interés común, por ejemplo, Tratados de Libre Comercio, Acuerdos de Complementación Económica, Acuerdos Bilaterales o Multilaterales de Patentes, sobre Recursos Genéticos, etc. De interés de unos u otros, por ejemplo, la Ley de Bonos de Carbono y el Pueblo Inuit). Esta propuesta implica el desafío de homologar las legislaciones aplicables a pueblos como el aymara y el mapuche, que habitan varios Estados (5 el aymara, dos el mapuche). Su dignidad no debe estar sujeta a las fronteras legales de los países.

8. **Que debemos desarrollar la propuesta de proyectos de ley que nos favorezcan**, y no sólo detener los proyectos de ley que nos perjudiquen, so pena de ser pauteados conciente o inconscientemente por las fuerzas políticas no indígenas y estancar nuestro desarrollo y aporte participativo y autonómico.
9. Que el consentimiento y a consulta, así como el proceso de cabildeo o lobby, debe abarcar no sólo a los proyectos de ley, sino también a los **pre-proyectos de ley** (antes de que sean presentados al Congreso).
10. ***Debemos crear oficinas de lobby indígena, dirigidas y gestionadas exclusivamente por indígenas. NADIE*** debe hablar por nosotros ante el Congreso Nacional o autoridades de Gobierno.
11. ***El cabildeo o lobby debe ser emprendido por indígenas, quienes deben ser capacitados en negociación política y electoral***, so pena de entregar espacios irrenunciables de poder político, replicar el modelo asistencialista estatal esta vez en la relación de los pueblos con las ONG's de apoyo, y autosometernos a un estado de incapacidad de hecho en el que requiramos una suerte de representación eterna para dialogar con las autoridades estatales. La ley Indígena la cabildeó José Bengoa ante los parlamentarios, lo que es considerado un error y una concesión aún lamentada por la dirigencia de los ochenta y principios de los noventa. Con ello, la dirigencia misma perdió una oportunidad única de obtener roce político, contactos, habilidades de negociación política, representatividad, y lo peor, perdió la oportunidad de ganarse el respeto de la autoridad parlamentaria y de gobierno. Replicar ese error histórico, sería un nuevo y terrible retroceso.
12. ***Debemos valorar cada vez más nuestra decisión y opinión autónoma.*** Cada vez tenemos más sociólogos, abogados, filósofos, historiadores, y otros profesionales **NUESTROS**. Cada vez más, y progresivamente, dejaremos de necesitar la asesoría del k'ara o winka. Poco a poco, las ONG's y plataformas académicas de apoyo deberán restituirnos el espacio que nos pertenece por derecho propio. Eso es respetar la autonomía indígena. Lo contrario, es usurpación de esos espacios.
13. Debemos ocupar espacios de representación en el Congreso, lo que implica enfrentar el desafío de un eventual partido político indianista, formado exclusivamente por indígenas, dado el desgaste de las fuerzas políticas tradicionales.
14. Tal como existe una bancada verde, y por otros temas, debemos crear una bancada de pueblos indígenas (esta medida es de escaso nivel de eficacia, pero es un avance si se compara a cualquier medio de presión política que exista hoy)

15. Debemos crear Comisiones Permanentes de Pueblos Indígenas en ambas Cámaras (con la misma prevención anterior).
16. Que todas estas medidas dicen relación con derechos de representación política, y por tanto deben ser concebidas sólo como un medio provisional y estratégico de defensa de derechos colectivos e individuales, toda vez que no implementan ni se inspiran en el derecho irrenunciable a la autonomía indígena, concebida como espacio autorreferente y no compartido de soberanía, legítima manifestación del derecho propio.