



INFORME FINAL

EL EJERCICIO DE DERECHOS COMO ACTO SUBVERSIVO Y LA RESPUESTA ESTATAL: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

INICIATIVA INTERDISCIPLINARIA EN CONFLICTO MAPUCHE Y DERECHO PENAL
PROGRAMA DE INVESTIGACION DOMEYKO.
SUBPROGRAMA SUJETOS Y ACTORES SOCIALES.
DIR. SUBPROGRAMA. DRA. KEMY OYARZÚN V.

INV. RESPONSABLE
DRA. MYRNA VILLEGAS DÍAZ

EQUIPO INVESTIGACIÓN
LUIS QUINTANA VALDOVINOS
FELIPE DÍAZ ARANCIBIA
MATÍAS MEZA LOPEHANDÍA GLAESSER

COLABORADORES:

ÍTALO JAQUE R. / DANIEL WASSERMAN / MACIEL SOTO G./ PEDRO CARRASCO S./ CAROLINA
ORELLANA/ ROMINA AMAYA/ ALEXIS LEPE/ JULIA ARANGUIZ/ / IRMA SENN/ CECILIA MORENO/ IVA
SUZA/ M. EUGENIA PEDRAZA/ JORGE GUTIÉRREZ/ CLAUDIO CONEJERA

Santiago de Chile, Marzo de 2010

ÍNDICE

CAPÍTULO I: EL MARCO TEÓRICO	6
I. ANALÍTICA DEL PODER	6
1. Paradigma jurídico	6
2. Paradigma estratégico	8
3. Biopolítica	10
3.1 <i>Introducción al concepto de Biopolítica</i>	10
3.2 <i>Gubernamentalidad</i>	11
3.3 <i>Liberalismo</i>	12
3.4 <i>La nuda vida</i>	14
3.5 <i>¿Biopolítica sólo en el Estado liberal?</i>	15
3.6 <i>Biopolítica y la producción de muerte</i>	16
3.7 <i>La Biopolítica y los sistemas de control</i>	18
II. CONTROL SOCIAL	20
1. Definición general del concepto de Control Social	20
2. Control Punitivo y Control Penal	21
3. Control Social y Biopolítica	22
III. MECANISMOS JURÍDICOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN: DOCTRINA DE SEGURIDAD NACIONAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	26
1. Doctrina de Seguridad Nacional. Implicancias en América Latina	26
2. Concepto de enemigo en la Doctrina de Seguridad Nacional	30
3. Situación actual. Los actuales enemigos	33
4. Relaciones entre la Doctrina de Seguridad Nacional y el Derecho Penal del Enemigo	36
CAPÍTULO II: PUEBLO MAPUCHE, DERECHOS TERRITORIALES Y CRIMINALIZACIÓN. ALGUNAS CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL CONFLICTO POR LA RECUPERACIÓN DE TIERRAS	41
I. DE LA MODERNIDAD EN TERRITORIO INDÍGENA: EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES DE DOMINACIÓN HACIA EL PUEBLO MAPUCHE	41
1. La ocupación militar de la Araucanía	43
2. El colonialismo republicano	45
3. La dictadura militar y el corporativismo soterrado	56
4. El Pueblo Mapuche frente a la nueva institucionalidad	61
5. El principio de subsidiaridad: la gubernamentalización del Estado	69
6. El nuevo discurso indigenista: realismo político concertacionista y la legitimación de la institucionalidad dictatorial	74
7. Actores del conflicto	79
7.1 <i>Los megaproyectos y el gobierno</i>	79
7.2 <i>De la industria forestal</i>	81

7.3 De los particulares	84
II. EL ALCANCE DE LA DEMANDA MAPUCHE POR SUS TIERRAS Y TERRITORIOS	89
1. La Propiedad Privada y la Tierra Indígena	90
2. Territorio Indígena: más allá de la propiedad privada	91
3. Del Territorio a la Autonomía	94
III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	96
1. Los indígenas como Pueblo	96
2. Autodeterminación y Autonomía	99
3. Derechos Territoriales	102
CAPÍTULO III: BIOPOLÍTICA Y CONTROL SOCIAL EN LAS COMUNIDADES	108
I. VINCULACIÓN JURÍDICA DEL ESTADO CON EL PUEBLO MAPUCHE COMO LINEAMIENTO GENERAL DE LA INTERVENCIÓN	109
1. El estatus jurídico de los indígenas	109
2. La situación de las comunidades	110
3. La conformación de las tierras indígenas	110
II. GESTIÓN GUBERNAMENTAL Y DISPOSITIVOS BUROCRÁTICOS	111
1. Corporación Nacional de Desarrollo Indígena	111
2. Fondo de Tierras y Aguas Indígenas	113
3. Programa Orígenas	115
III. BIOPOLÍTICA Y CONTROL TERRITORIAL	116
1. La relación estructural histórica que se ve enfrentado el Pueblo Mapuche	117
2. La capitalización del territorio y las grandes empresas	118
3. La institucionalidad y su tratamiento	119
4. Gestión gubernamental como forma de producción subjetiva	123
CAPÍTULO IV: EL EJERCICIO DE DERECHOS COMO ACTO SUBERSIVO Y LA RESPUESTA ESTATAL: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	129
I. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS LEGISLACIONES APLICADAS EN DEMOCRACIA	132
1. Los gobiernos de Patricio Aylwin y Eduardo Frei: aplicación de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado	132
2. El gobierno de Ricardo Lagos. La aplicación de la Ley de Conductas Terroristas	135
II. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	137
1. La delincuencia política y los bienes jurídicos protegidos	137
2. El carácter político de la Ley de Seguridad del Estado	140
3. El contenido normativo y algunos aspectos procesales relevantes en el conflicto territorial	142
III. LA LEY DE CONDUCTAS TERRORISTAS Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	143
1. Concepto de terrorismo en la legislación internacional	143
2. Concepto de terrorismo en la Ley de Conductas Terroristas y la cuestión	145

mapuche	
3. Alteración de reglas ordinarias de penalidad y responsabilidad en el ámbito sustantivo penal	151
3.1 <i>La circunstancia expresada en el N° 1 del artículo 1 de la LCT y la vulneración de la presunción de inocencia, del principio de legalidad y de culpabilidad.</i>	151
3.1.1 <i>La evidencia de obedecer a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas</i>	153
3.1.2 <i>La presunción por la naturaleza y efectos de los medios empleados</i>	154
3.2 <i>La circunstancias expresadas en el N° 2 del artículo 1 de la LCT y la vulneración del principio de legalidad</i>	157
4. Punitivismo en la Ley de Conductas Terroristas	162
5. El adelantamiento de la punibilidad	165
5.1 <i>Delitos de peligro</i>	165
5.2 <i>Incrimación de actos preparatorios</i>	166
5.3 <i>La asociación ilícita terrorista</i>	168
5.4 <i>La incriminación en las fases del desarrollo del delito o iter criminis</i>	173
IV. DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS	175
V. EL BREVE PERÍODO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL COMÚN Y LA MODIFICACIÓN DEL DELITO DE ABIGEATO	183

CAPÍTULO V: LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y SU ADECUACIÓN O INADECUACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	195
II. LAS OCUPACIONES DE TERRITORIO Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA	195
III. CONTROLES DE IDENTIDAD Y EL PANÓPTICO	197
IV. DELITOS POR LOS CUALES MÁS INGRESAN AL SISTEMA	199
1. La legislación penal común	199
2. La Ley de Conductas Terroristas	202
V. ENTRADA Y REGISTROS DOMICILIARIOS	202
VI. DETENCIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES	213
VII. RESTRICCIONES ESPECIALES DE GARANTÍAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONDUCTAS TERRORISTAS	214
1. Detención	215
2. Incomunicación	216
3. Intervención en las comunicaciones	216
4. Testigos con reserva de identidad	218
5. Secreto de las diligencias	220

CAPÍTULO VI: EFECTOS PSICOSOCIALES DE LA VIOLENCIA EN LA COMUNIDAD DE TEMUCUICUI	222
---	-----

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS EFECTOS PSICOSOCIALES DE LA VIOLENCIA	222
1. Dinámica Salud/Enfermedad en las Comunidades Mapuche	222
2. Ocupación territorial y militarización de la vida cotidiana	223
3. Consideraciones psicosociales de la violencia y la criminalización	225
II. DESCRIPCIÓN DEL IMPACTO EN LA DINÁMICA SOCIAL AL INTERIOR DE LA COMUNIDAD A PARTIR DE LOS ENTREVISTADOS.	227
1. Percepción del conflicto	227
2. Cohesión/división de la comunidad	228
3. Ruptura de identidad	228
4. Ataque a la cultura	229
5. Efecto sobre las mujeres, jóvenes y niños	229
6. Precarización y sentimientos de inferioridad	230
7. Bloqueo comunicacional	231
8. Miedo, paralización, resignación	231
9. Percepción de la justicia	232
10. Fortalecimiento de los liderazgos internos y desconocimiento de las instancias formales	233
III. ALTERACIONES PSICOLÓGICAS Y DE SALUD MENTAL EN LAS PERSONAS ADULTAS	234
1. Síntomas y significados atribuidos al conflicto	234
2. Alteraciones corporales patológicas	235
3. Miedos y reacciones ante ocupación y ataque	235
4. Efectos mantenidos como naturalización del conflicto	236
IV. ALTERACIONES PSICOLÓGICAS Y DE SALUD MENTAL EN LOS NIÑOS	237
CAPÍTULO VII: LA DEFENSORÍA DE LAS PERSONAS: UNA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL CONFLICTO MAPUCHE	239
I. UNA MIRADA A LA INSTITUCIONALIDAD VIGENTE	239
1. Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las personas	239
2. Instituto Nacional de los Derechos Humanos	241
2.1 <i>Antecedentes</i>	241
2.2 <i>Definición y objeto</i>	242
2.3 <i>Atribuciones y mandatos</i>	242
2.4 <i>Obligación de colaboración de los demás órganos del Estado</i>	243
A. Aplicación	244
3. <i>El rol del Ministerio Público</i>	245
4. <i>Justicia Militar</i>	247
II. LA DEFENSORÍA DE LAS PERSONAS	248
1. Orígenes del Ombudsman	248
2. El Defensor del Pueblo en América Latina	252
3. Elementos para una definición del Defensor del Pueblo	254
4. Principios que inspiran la gestión del Ombudsman: los principios de París	256
5. Atribuciones generales del Ombudsman en relación a los Derechos de los	258

Pueblos Indígenas	
5.1 <i>Investigación y recomendaciones</i>	259
A. Aplicación	261
5.2. <i>Mediación y conciliación</i>	262
A. Aplicación	262
5.3 <i>Promoción y ecuación ciudadana</i>	263
A. Aplicación	264
5.4 <i>Iniciativa legislativa y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico</i>	264
A. Aplicación	265
5.5 <i>Ejercicio de acciones constitucionales y judiciales, impulso de denuncias internacionales</i>	265
A. Aplicación	266
6. Estado de la legislación en Chile	267
CONCLUSIONES	269
RECOMENDACIONES	279
I. RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA DEMANDA TERRITORIAL MISMA	279
II. RECOMENDACIONES GENERALES COMO FRENO A LA VIOLENCIA	279
III. RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS INMEDIATAS COMO FORMA DE FRENO A LA VIOLENCIA	280
BIBLIOGRAFÍA	283

CAPÍTULO I: EL MARCO TEÓRICO

I. ANALÍTICA DEL PODER

La dinámica del control social pone en juego un campo de tensión a nivel social que toma la forma de una economía del poder a nivel de la dominación y la resistencia. Puestas las cosas de esta manera, el poder no sólo corresponde a una propiedad de los sectores interesados en la dominación de otros, sino más bien es una dinámica compleja, en la que aquello que se controla, o las resistencias, también tienen un lugar importante. Esta situación condiciona el entendimiento del poder al estudio de las variables que componen la dinámica de su puesta en juego.

En relación a los desarrollos teóricos realizados en torno a esta problemática, el pensamiento de Michel Foucault figura con especial relevancia para el abordaje de su entendimiento, pues su extensa obra transita hacia la enunciación de un importante elemento diferencial en relación a otras teorizaciones al respecto. En este sentido, Foucault se esfuerza en problematizar una y otra vez a lo largo de su obra, la creencia generalizada de que el poder radica únicamente en un lugar preciso y determinado, en un nicho situado en las alturas y desde donde se puede desplegar, irradiar, deslizarse y aplicarse al sujeto para obligarle a cumplir los deseos de quién lo detenta. A diferencia de esto, Foucault contrapone la idea de que el poder es algo constantemente activo en regular los aspectos más íntimos de nuestra vida privada, como un principio que *“alcanza las formas infrecuentes o apenas perceptibles del deseo, infiltra y controla el placer cotidiano”*¹. El poder hace mucho más que imponerse al sujeto y modular sus conductas, el poder constituye literalmente al sujeto. De esta forma, para pensar el poder de manera radical es necesario distanciarse de su representación más usual, lo que exige, en palabras de Foucault, *“forjar a propósito del poder, principios de análisis que no participen del sistema del derecho y de la forma de la Ley”*².

Para describir las características de este modelo tradicional del poder, y luego contraponerlo al modelo propuesto por Foucault, se establecerá una división entre dos paradigmas posibles para pensar el poder, el jurídico y el estratégico³:

1. Paradigma Jurídico.

La representación tradicional del poder implica una descripción donde el éste corresponde a un fenómeno, que cuando se ejerce exitosamente, sea de la

¹ FOUCAULT, M. *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992.

² Ídem.

³ IBAÑEZ, T. *Poder y libertad*, Edit. Hora, Barcelona, 1982.

manera que sea, su principal efecto consiste en producir obediencia. De esta forma, se articula en relación a un régimen binario establecido a partir de los polos antitéticos: obediencia y transgresión.

En palabras de Ibáñez, el poder enuncia la ley, elabora y da a conocer la regla⁴, dicho de otra forma, a partir de este movimiento, los individuos estarán en condiciones de conocer cuáles serán las vías lícitas que deberán recorrer y cuáles las ilícitas que deberán abstenerse de recorrer, en cuanto la transgresión de este límite que es la ley, implica un costo social a ser pagado. Así, las sanciones corresponden a los mecanismos necesarios para asegurar el cumplimiento de la ley. En estas sanciones, históricamente hablando, se han incluido desde el castigo sobre el cuerpo, como la sanción grupal, la denegación de recompensas sociales, y la culpabilidad.

Esta forma jurídica del poder, tiene un recorrido definido, siendo el Estado su lugar de residencia por excelencia, desde el cual emana invistiendo el resto de las instituciones sociales que lo representan: la familia, las instituciones de socialización, la escuela. En todas se reproduce el mismo mecanismo que configura su introducción y enseñanza en los sujetos: Se dicta la ley, se enseña la obediencia, se castiga la transgresión⁵.

En resumen, la imagen del poder que proporciona este modelo, es aquella en la cual su principal efecto es la producción de obediencia en los individuos, para lo cual se vale de la sanción como medio privilegiado, sanción que se encuentra fundamentada en la capacidad que este poder tiene de formular la ley que rige toda esta dinámica. Por lo tanto, queda visible su carácter netamente negativo, diciendo no a todo aquello que amenaza en nosotros con franquear los límites que él ha trazado.

Tradicionalmente, este modelo es correlativo a los reduccionismos económicos que algunas teorías hacen de la dinámica del poder, en las que se propone tanto que el poder político es únicamente una función instrumental de las relaciones económicas (como en gran parte de la tradición marxista), como que el poder corresponde a únicamente a un derecho del que se es poseedor al igual que se puede ser poseedor de un bien (como en la teoría jurídica clásica), razón por la cual puede transferirse o alienarse, total o parcialmente mediante un acto jurídico. Esto lleva a pensar, como apunta Foucault⁶, que el poder no es otra cosa que el poder concreto de cada individuo dententa y que cede parcial o totalmente para contribuir a la constitución de un poder político, a una soberanía. Dicho de otra forma, una imagen del poder en la que está moldeado según la forma de la mercancía, como un bien de circulación más.

⁴ Ídem

⁵ Íbidem

⁶ FOUCAULT, M. *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1992.

Bajo esta imagen, el paradigma jurídico considera al poder como una sustancia distribuida en determinados sectores del tejido social, lugares desde los cuales se enuncia la ley que asegura su mantenimiento, mediante la obediencia ante el temor a la represión. De esta manera, el poder es una instancia de denegación que recorta el campo de lo posible al poner un límite que la infinita producción de comportamientos posibles no puede transgredir.

Esta manera de ver el poder tiene un lugar preponderante en los análisis históricos, políticos y sociales realizados por diversas disciplinas de estudio. El poder como puro límite trazado a la libertad es al menos en nuestra sociedad, como dice Foucault, la forma generalizada de su aceptabilidad⁷.

2. Paradigma estratégico.

La imagen de un poder que desciende desde las alturas del Estado, como aparece en el modelo jurídico, da cuenta de la manera en que el poder que algunos detentan penetra en sus efectos de dominación al interior del resto de las instancias sociales. Pero si encontramos el poder hasta en lo más íntimo de este espacio, no es precisamente porque se haya deslizado desde su centro. Existen efectos de poder en todos los lugares, en todos los intersticios del tejido social: “el poder es coextensivo con el cuerpo social, porque el poder nace, brota, existe en cualquier fragmento del tejido social siéndole consustancial”⁸.

Visto de esta forma, el poder se confunde con lo social mismo, lo que nos hace pensar que aquello que llamamos “lo social”, no es otra cosa que un campo de fuerzas siempre interrelacionadas y constantemente puestas en tensión. Lo social es, a todo nivel, siempre **relación**. Toda vez que lo social es relación, en ella algo se produce, pues sus componentes están siempre mediados por intercambios, determinaciones múltiples y activaciones recíprocas, que configuran diversas relaciones de fuerza entre ellos. Este modelo dinámico no puede sino pensar al poder como el ejercicio mismo de esta realidad social, como un componente inmanente, y no bajo una forma cosificada ni cosificadora. El poder es omnipresente porque se está produciendo a cada instante. El poder no es que lo englobe todo, sino que viene de todas partes.

Si bien en el modelo jurídico, existe un énfasis en las figuras del soberano y de la sanción represiva (negativa), esto no implica que dichas figuras no tengan un papel dentro del modelo estratégico. Vale tener en cuenta esta aclaración, específicamente en lo que respecta al problema de la sanción, la cual dentro de este modelo no desaparece, pero toma una forma distinta, pues desde esta perspectiva la transgresión de la norma no necesariamente tienen como efecto la

⁷ FOUCAULT, M. **Historia de la Sexualidad, volumen I: La voluntad de Saber**. Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.

⁸ IBAÑEZ, T. **Poder y libertad**, Edit. Hora, Barcelona, 1982. p.89.

instauración de un sujeto ilícito, el sujeto de la exclusión, sino que redistribuye su posición social formando parte de una serie de conductas atípicas o anormales que es necesario corregir.

La sanción represiva con la que cuenta la dualidad lícito-ilícito deja paso a la instauración de aquello que Foucault ha llamado sanción normalizante, en tanto que la manifestación de conductas no deseadas no necesariamente constituyen un delito pero sí salen del campo de la normalidad, instaurando un sujeto de la norma, de la desviación con respecto a un ideal normativo esperado, inscrito en la polaridad normal-anormal.

Actualmente, la ley como mecanismo de control social⁹, va perdiendo protagonismo. A su lado se va extendiendo el principio de la norma, que define lo que es y simultáneamente las aberraciones del ser. Ante esto, se han desarrollado una serie de instancias correctivas, o de ortopedia social, cuyo objetivo es la rehabilitación de las conductas normales: *“la regulación social se ejerce cada vez más a partir de un poder que realiza distribuciones en torno a la norma, que controla, codifica, vigila, proporciona los instrumentos para efectuar reajustes en torno a lo natural y que rara vez necesita reprimir, sencillamente porque la represión deja de tener sentido, se torna extraña e inadaptada a la situación”*¹⁰.

Un importante aspecto del proceso judicial, entonces, progresivamente ha ido delegando su lugar referido a la penalización, hacia un saber sobre lo normal y lo anormal, que se encarna en el diagnóstico psicológico o sociológico. El juez, como representante de la figura del soberano, deja su lugar al especialista en ciencias humanas o sociales. Por último, el castigo como forma de sanción, se transforma en terapia como forma de normalización.

Bajo estas condiciones, es posible apreciar que el procedimiento de la norma exige que el poder esté basado más en el saber que en la fuerza física. Es por este motivo que el poder no sólo puede ser considerado en su carácter meramente negativo, sino que debe ser reconocido en su carácter propiamente productivo, en cuanto que para su funcionamiento requiere de la producción de aparatos de saber, tecnologías de control conocimientos sobre la naturaleza humana, sobre sus regularidades y su funcionamiento. Produciendo a partir de todo esto, un verdadero régimen de veridicción, donde el poder genera un orden de saber que consolida su propio funcionamiento. Un saber que a la vez, es un saber sobre el hombre, que condiciona el funcionamiento de las instituciones sociales, y por lo tanto, el funcionamiento mismo del sujeto en lo social. Es posible afirmar, entonces, que en cuanto a su función productiva, el poder tiene como efecto la producción de un determinado sujeto.

⁹ En este punto vale la pena aclarar que, como veremos un poco más adelante, la Ley como figura mantiene un aspecto de control social, pero también opera como una forma de control punitivo. La diferencia entre control social y control punitivo se desarrollará con mayor precisión un poco más adelante en este capítulo.

¹⁰ Ídem

3. Biopolítica

Desde un tiempo a esta parte para nadie es sorprendente que los hechos y acontecimientos contemporáneos se vean con perplejidad y con márgenes de dudas respecto a lo que son y lo que es posible entender de ellos. En cierta forma pareciera que no encontramos ante una crisis de los significados que intentan explicar nuestro mundo y lo que nos rodea. Es así que los fenómenos que vemos diariamente se nos aparecen como si estos no fuesen posibles de comprender y se nos imponen por la fuerza de la dificultad de su entendimiento. ¿ Como es posible entender, por ejemplo, la globalización, la Internet, la lucha contra el terrorismo, el cambio climático, el genoma humano ,el envejecimiento de la población o la violencia urbana?. Al parecer se hace necesario tener que recurrir a conceptos y perspectivas de análisis que logren hacer una lectura del mundo y sus fenómenos de manera más coherente, so pena de encontrar las dificultades propias de la innovación.

3.1 Introducción al concepto de Biopolítica.

El concepto de Biopolítica fue desarrollado principalmente por Michel Foucault. Dicho concepto sistematiza en mayor o menor medida los elementos más importantes y transversales de la obra del filósofo como sus ideas acerca del poder, de los sistemas políticos, del Estado, de los regímenes disciplinarios, etc. Vale hacer mención que es desde el trabajo de Michel Foucault donde gran parte de la discusión contemporánea ha tomado una nueva visión sobre los conceptos y la manera en que se comprende el mundo.

Para Michel Foucault el concepto de biopolítica corresponde a “*la manera como se ha procurado, desde el siglo XVIII, la práctica gubernamental por los fenómenos propios de un conjunto de seres vivos constituidos como población: la salud, la higiene, la natalidad, la longevidad, las razas*”¹¹. En ese sentido la biopolítica representa el ingreso de las variables de la vida en los mecanismos acción gubernamental y las maneras en que se enfrentan a ella. Es decir, los acontecimientos propios de la vida en la población –*cuerpo social*- pasan a estar sujetos a la práctica de los organismos de poder. El Estado, en cuanto representante del poder político, debe intervenir las formas en que se hace posible la vida.

Como es posible desprender de lo cita anterior, la biopolítica emerge en un tiempo determinado de la historia de la humanidad y en relación a dos procesos

¹¹ FOUCAULT, M. ***Nacimiento de la Biopolítica***. Ed. Fondo de cultura Económica, Buenos aires, 2007, Pág. 359

específicos que se encuentran ocurriendo. Primero en el desarrollo de la *gubernamentalidad*. Segundo en el desarrollo del liberalismo como ideología de Estado. Ambos términos como se verá son mutuamente dependientes.

3.2 Gubernamentalidad

La gubernamentalidad es la configuración de una racionalidad intrínseca en los motivos y la manera accionar de Estados, en consideración a necesidades estratégicas y la forma en que se entienden los recursos económicos del mismo. Así podemos situar en dos partes la idea de gubernamentalidad. Primero en un entendimiento estratégico de la existencia del Estado. Segundo en el desarrollo de la llamada economía política. El primero se identifica con el nacimiento de la razón de Estado en el siglo XVI, con el concepto del arte de gobernar, y el segundo se identifica desde siglo XVIII con el desarrollo de un sentido de conocimiento específico de la realidad para determinar el objeto de acción.

Foucault identifica que la constitución del Estado moderno parte de una definición central de lo que es y de una pregunta que se deriva de dicha definición. Para Foucault el Estado moderno “*es la vez lo que existe y lo que aún no existe en grado suficiente*”¹². El Estado tiene una certeza de su existencia y una limitación de su espacio, vale decir que existe como una unidad temporal con un territorio físico; sin embargo requiere que ella se vaya construyendo continuamente para su mantenimiento. El Estado parte de la comprensión de su inmanencia, de su posibilidad de dejar de existir. Es así, que el propio Estado es un ente que tiene que “*hacerse*” constantemente para lograr poder perpetuarse en el tiempo. La finalidad del Estado –*razón de Estado*- es su preservación.

De dicha certeza nace la disyuntiva: ¿Qué hacer para lograr perpetuarse?. El hacer del Estado se identifica con el gobernar; el gobierno es el medio para que el Estado pueda alcanzar sus fines. El gobernar es materializar en una práctica la razón de Estado. Estado y gobierno son elementos conjuntos. En este sentido, el Estado se comprende como una unidad que encuentra limitaciones, requiere racionalizar sus usos, con el fin de cumplir con los objetivos presupuestados.

Dicho presupuesto, de un Estado como un ente limitado, implica que su accionar no sólo se encuentre determinado; sino también, da el margen de lo que el Estado puede o no puede hacer. De aquí que Michel Foucault entienda que el Estado se encuentre sujeto no sólo a la voluntad de sí mismo, sino también a un conjunto de dispositivos de saber que son los que le proveen los rangos de acción de la realidad. El Estado actúa en consideración a las formas de conocimiento de la realidad y se sujeta a ellas. Por ejemplo, si se establece como un tipo de conocimiento el mercantilismo a nivel económico, el Estado actuará y generará

¹² Ídem, Pág. 19

gobierno en base a la idea de acumulación de riquezas (oro), con las consecuentes trabas económicas para el flujo de ellas.

Correspondiente con lo anterior, el desarrollo de la gubernamentalidad no sólo es el develamiento de una razón de Estado; sino que se hace posible con un dispositivo de conocimiento que logre situar sus modos de acción y la manera en que el Estado puede intervenir.

Es así, que gracias al desarrollo de la economía política hace cristalizar el concepto de gubernamentalidad. Para el autor la economía política, que se empieza a desarrollar en el siglo XVIII, “es un suerte de reflexión general sobre la organización, la distribución y la limitación de los poderes en la sociedad”¹³. En este sentido la economía política es el entendimiento de la realidad que busca generar un proceso de racionalización de los bienes y recursos existentes, comprendiendo que estos se encuentran restringidos. El Estado no sólo tiene un horizonte acerca de sus fines, sino también un dispositivo de conocimiento de cómo operar.

El Estado, con la economía política, entiende que dispone de ciertos bienes que son escasos y que tienen que utilizarlos de la mejor forma posible. En ese sentido, la economía política le da al Estado un carácter programático y estructurado en como debe actuar y bajo qué criterios. Economía política es distribución de bienes y con ello priorización de los fines del Estado.

La gubernamentalidad implica una razón de Estado, que bajo ciertos presupuestos su accionar se encuentra limitado por un conjunto de bienes que debe priorizar. De esta forma, los Estados para poder perpetuarse deben operar en la realidad con un criterio de optimización de fines, lo que lleva entender que su accionar debe situarse en un orden estratégico y calculado de sus intereses. ¿Ahora bien, quiénes son los destinatarios estratégicos en un Estado? Como parece evidenciarse es la población. La población constituye la base principal para el mantenimiento del Estado, es así que para que pueda cumplir con sus fines tiene que actuar sobre la población. Económicamente el Estado, optimiza recursos hacia la población ya que esta es su soporte.

De esta forma es posible volver a configurar una definición: la gubernamentalidad es un entendimiento estratégico por parte del Estado, que por medio de ciertos presupuestos económicos, debe entrar a actuar sobre la población. La gubernamentalidad es el nacimiento de las políticas públicas modernas.

3.3 Liberalismo

¹³ Ibídem, Pág. 30

Otro de los elementos que posibilita el desarrollo de la biopolítica es el liberalismo. Para Michel Foucault el liberalismo no puede ser definido como una teoría, sino más bien como una práctica histórica¹⁴. Dicha práctica histórica se entiende como la necesidad de intervención mínima por parte del Estado.

El Estado gubernamental, que tiene como medio de representación de la realidad a la economía política y a su vez ella es un límite de acción de lo que puede hacer o no, logra plantear y plasmar el liberalismo. Es decir, es la propia economía política (de allí la estrecha relación entre liberalismo y gubernamentalidad) la cual da las bases prácticas para la necesidad de limitación del Estado. Esto es: un Estado que no intervenga en la economía. Entonces, ¿Como se explica esta idea de limitación en la acción económica? Para Foucault en el desarrollo del siglo XVIII y los inicios del siglo XIX se da por tres motivos.

El primero de ellos se relaciona con el concepto de mercado. Para Michel Foucault en el siglo XVIII existe un cambio de paradigma respecto de lo que es el mercado. Se cambia el concepto de precio justo al de precio natural. En el Medioevo hasta el siglo XVIII, el mercado era un lugar donde productores y consumidores encontraban un intercambio equivalente - precio justo- de bienes y servicios, puesto el precio se encontraba fijado por el Estado. La calidad de precio justo *“debía tener una relación determinada con el trabajo realizado, con las necesidades de los comerciantes y, por supuesto, con las necesidades y las posibilidades de los consumidores”*¹⁵. De acuerdo al autor, en el siglo XVIII esta visión del precio justo, cambia a la concepción de precio natural; en el sentido en que el mercado no era el lugar de la justicia, en tanto existía una distribución equitativa, sino el precio representaba una verdad en relación a la espontaneidad que se generaba. De forma que el precio natural se consideraba como *“cierta relación adecuada entre costo de producción y amplitud de la demanda”*¹⁶, en palabras coloquiales el precio vale como la relación entre oferta y demanda.

Como segundo elemento, que se deriva del anterior, el mercado ya no responde a un espacio social de justicia, donde la equivalencia de las prestaciones debe darse, sino en cambio es un lugar de verdad. Ello implica que al cambiar de precio justo a precio natural, el mercado se sitúa como un lugar de desarrollo natural. Con ello las dinámicas que se producen en el mercado representan verdades. Por lo mismo vale como conocimiento del entorno.

De allí que el tercer punto, el mercado pasa a ser un lugar de *veridicción* para el Estado, es decir el mercado se convierte en un dispositivo de saber, y por ello el Estado debe ajustarse a él. Cuando Foucault se refiere a veridicción, se remite a

¹⁴ La definición de los conceptos en Foucault es un de los temas de mayor dificultad. Foucault entiende que los conceptos se derivan de su práctica histórica, en tanto se asumen conceptos teóricos como reales. Es decir una concepción acerca del liberalismo implica no la declaración teórica de lo que ello implicó, sino en como el concepto se devela en una práctica.

¹⁵ FOUCAULT, M. **Nacimiento de la Biopolítica**. Ed. Fondo de cultura Económica, Buenos aires, 2007, Pág. 48

¹⁶ Idem, Pág. 49

la idea que es un espacio donde se verifica una verdad, o se deriva de ella un concepto de verdad. De forma que el Estado no actúa en contra de las reglas naturales de la economía, sino con ellas. El Estado con esto no puede entrar a intervenir un espacio de verdad, sino que tiene que reducirse, ajustándose a las verdades que le entrega el mercado.

El liberalismo en ese sentido no sólo tiene un significado de limitación del Estado, sino que el propio liberalismo es conocimiento de Estado. En términos sintéticos se hace posible afirmar que la Gubernamentalidad logra dar con su objeto de intervención: la población. Y en cambio el liberalismo, al representarse una tecnología de Estado, determina los mecanismos de actuación.

3.4 La nuda vida

Ahora bien, si el Estado no puede entrar a intervenir en el mercado, pero tiene como objetivo de su accionar –dada la gubernamentalidad- a la población, ¿Como actúa? El Estado al tener como centro de *veridicción* y dispositivo de saber al mercado, su accionar se basa en controlar e intervenir a la población en base a los mismos mecanismos, es decir el de entender que el sistema se produce en base a la gestación del libre movimiento de la oferta y demanda, su control será en relación por una parte en el aseguramiento de las verdades de mercado y en que los dispositivos de control y formación del cuerpo social serán en base a la utilidad.

Como es posible de deducir, las verdades del mercado se convierten en las verdades del Estado y con ello la razón Estado. Es aquí donde empieza a intervenir el concepto de biopolítica. Puesto que el Estado tiene como objetivo su mantenimiento teniendo como radio de acción la modificación del cuerpo social con el fin de generar y mantener su concepto de verdad que es el mercado.

La Biopolítica por tanto es la entrada de la vida como objeto de la política. El Estado empieza a preocuparse por los sistemas de salud, de alimentación, de educación y formación de los individuos, gestación e institucionalización de los medios de control de conductas desviadas, etc. Para ser más precisos la Biopolítica es irrupción de la vida en la política de los Estados. Los Estados requieren del tratamiento de la vida. Bajo este punto el tratamiento de la vida pasa a ocupar la centralidad del hacer del Estado.

Con esto debe aparecer una pregunta: ¿Cuál es el significado del término vida para Michel Foucault? Históricamente el concepto de vida se dividía entre vida política -comunitaria- y nuda vida¹⁷, la distinción proviene de Aristóteles. El hombre, para vivir requiere de las relaciones con la comunidad, es decir de las relaciones con

¹⁷ GRUPO ACONTECIMIENTO. **Materiales de discusión: Biopolítica ¿Bioguerra?**. En la página web: www.grupoacontecimiento.com.ar.net/spip.php?article295

los demás sujetos (animal político). Y otra parte, requiere satisfacer las necesidades básicas para el mantenimiento de su cuerpo; esto es el concepto de nuda vida que corresponde a la existencia propiamente física del sujeto. De manera que cuando se habla de Biopolítica es la introducción de la nuda vida como elemento de accionar por parte de las decisiones políticas del Estado. La entrada de la vida en la política se remite a la necesidad de poder determinar la manera en que se dan las condiciones de existencia física de los sujetos en el cuerpo social. Como bien señala Roberto Esposito: “*el bíos, la vida considerada en su aspecto, a la vez general y específico, de hecho biológico*”.¹⁸

3.5 ¿Biopolítica sólo en el Estado liberal?

Si recapitulamos, al considerar la gestación de la Biopolítica como la conjunción entre el concepto de gubernamentalidad y el liberalismo surge cierta problemática histórica. Como bien es sabido dentro del siglo XX emergen configuraciones de Estado, que representan un respuesta al Estado liberal; nos referimos a concepto de Estado keynesiano, los Estados inspirados en el socialismo y los diferentes tipos de nacionalismos que se cristalizan. Ello a priori podría entenderse que interrumpen el desarrollo de la Biopolítica, sin embargo para Michel Foucault estas manifestaciones estatales que son respuesta al liberalismo, no se constituyen como opuestos a la concepción Biopolítica.

Michel Foucault, entendía que el liberalismo situó el elemento de intervención del accionar gubernamental. Bajo ese punto las configuraciones estatales no-liberales, no suspenden en su totalidad los dispositivos y formas de intervención que el liberalismo generó. Por ejemplo, los elementos de vigilancia y disciplina, no son suplidos, -, en ese sentido instituciones como la cárcel siguen existiendo en las diferentes sociedades que son vistas como no-liberales.

Foucault recurre al mismo procedimiento analítico para determinar el avance de la razón de Estado que logra dar históricamente con la gubernamentalidad. Es decir, comprende que el desarrollo del concepto de Biopolítica pasa a superponerse más allá del propio concepto que lo vio nacer. De manera que lo biopolítico, no se constituye como un concepto estático, sino que se convierte en un elemento propio del Estado, lo acompaña. En términos coloquiales, las contrapropuestas que se gestaron en el siglo XX y se constituyeron en el poder siguen siendo posturas estatales; cambian las declaraciones de los fines programáticos del Estado (como la idea de la socialización de los medios de producción a manos del Estado socialista) pero el Estado sigue teniendo una existencia funcional, y por lo mismo una continuidad de los elementos que le son inherentes.

Siguiendo con lo anterior los Estados que se declararon no-liberales mantienen un mismo concepto de gubernamentalidad, es decir, en ellos no hubo en reemplazo

¹⁸ ESPOSITO, R. *Biopolítica y Filosofía*. Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006. Pág.45.

de la racionalidad de gobierno. Como bien señala Michel Foucault respecto al socialismo: “Sea como fuere, el socialismo se propone una racionalidad económica, así como se propone una racionalidad histórica. También puede decirse que posee, ha mostrado poseer, técnicas racionales de intervención... Pero creo que no hay gubernamentalidad socialista autónoma”¹⁹ Con lo anterior, Foucault busca poner énfasis, en que dentro de los Estados no-liberales, no hubo una racionalidad de gobierno diferente al Estado liberal más que en las prácticas concretas de intervención, pero el objeto y la forma de desarrollarse ocuparon los métodos de gobierno liberales²⁰. Por ejemplo los Estados socialistas siguieron teniendo políticas de natalidad y optimización de recursos para responder necesidades de seguridad nacional.

Desde otro punto de vista esta idea de Foucault se relaciona con las ideas de Gramsci respecto al Estado. El autor italiano, señala que los aparatos de gestión de los órdenes estatales no sólo deben enmarcarse a los medios económicos y las formas de producción existentes, sino también en la determinación de los valores culturales y de las propias dinámicas de poder. El poder del Estado no entra a entablar una realidad únicamente respecto de la base económica, sino que existen ámbitos de las esferas estatales que son independientes de esta. Con ello las acciones de gobierno deben ser reconfiguradas en consideración que en las sociedades existen elementos heterogéneos – y por lo mismo racionalidades diferentes- que no son posibles de unificar²¹. Tanto para Gramsci como para Foucault, los elementos que configuran la realidad del Estado no son homogéneos en cuando a causa y resultado, sino que los diferentes elementos de la composición estatal tienen dinámicas y formas de racionalización propias. Ello no implica que sean excluyentes.

3.6 Biopolítica y la producción de muerte.

Si bien la Biopolítica es la entrada de la vida en la política, aparece una incógnita que hace necesario responder acerca de sus efectos. ¿La entrada de la vida trae como consecuencia la sumisión de la vida a la política; o en cambio, representa una política de la vida?. Vale señalar que bajo este punto es donde se ciñe gran parte de la discrepancia contemporánea en torno a lo que se entiende por biopolítica. Ciertos autores, como Giorgio Agamben, entienden que la biopolítica es la dependencia de la vida a la política, otros en cambio, como Roberto Esposito, entienden que el concepto de biopolítica permite una pluralidad de niveles de análisis que abarcan una política sobre la vida y también una política de la vida²². La importancia de esto es fundamental. Primero porque responde a la

¹⁹ FOUCAULT, M. **Nacimiento de la Biopolítica**. Ed. Fondo de cultura Económica, Buenos aires, 2007, Pág. 118

²⁰ Este punto es coincide con la interpretación historiador Eric Hobsbawm, al referirse que el socialismo del siglo XX fue un socialismo de Estado.

²¹ GRAMSCI, A.. **Antología**. Siglo XXI editores, buenos aires, 2006. Pág.315

²² ESPOSITO, R.. **Biopolítica y Filosofía**. Amorrutu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006. Pág 53

amplitud del concepto, segundo logra dar con el sentido de la biopolítica. Por ejemplo, ¿las técnicas de exterminio en el siglo XX son o no un estrategia biopolítica? ¿O si el accionar penal del Estado se comprende como parte integrante de la acción biopolítica?

Para Michel Foucault, el saber siempre está ligado con el poder. Un saber sobre la realidad trae aparejada la idea un poder que ella misma contiene. El conocimiento tiene como correlato un fin operativo. Es decir, los elementos epistemológicos no son declaraciones acerca del mundo, sino dispositivos prácticos respecto de lo que se conoce y cómo se conoce. En este sentido, se vislumbra le idea de **tecnologías del saber**, los cuales representan la materialización operativa de un conocimiento. En otros términos el conocimiento, para lograr asentarse como tal, depende de la acción práctica que de ella puedan surgir.

De acuerdo con esto, el conocimiento comprende campos de acción, no como una constatación singular y no practicable, sino por el contrario como una forma de poder actuar en ella. Por ejemplo, si se tiene conocimiento del genoma humano, este puede generar campos de acción en varios sentidos; se podría utilizar para la prevención de enfermedades o también en la selección apriorística de quienes deben o no nacer en conformidad a sus cualidades genéticas. Bajo este punto el conocimiento logra dar con una capacidad de arbitrio o discreción. Así el Estado al tomar un conocimiento de la vida, ello no determinará si las acciones del Estado serán a favor o en contra de la vida. En otros términos al lograr tener un conocimiento de los elementos que posibilitan la vida del cuerpo social, se tiene el poder de generar las condiciones en que se hace posible la vida, como también generar las circunstancias bajo las cuales ella no puede sostenerse. Con ello la biopolítica puede ser, por una parte, la gestación de condiciones de la vida y por otra, la eliminación de la vida como tal.

Bajo ese punto la denominada *tanatopolítica*²³, en la cual el Estado representa un fábrica de muerte (como ejemplo paradigmático los campos de exterminio del régimen nazi), no son una discontinuidad de la vida en la política, sino que gracias al conocimiento que se tiene de ella es posible lograr generar que el cuerpo social pueda verse exterminado. Con ello una *tanatopolítica*, no esta fuera de la Biopolítica, sino más bien es una expresión que en base al mismo conocimiento de la vida y de las formas en que ella se hace posible, puede negarla. De esta forma las expresiones de muerte dentro del hacer del Estado son correlativas al las expresiones que quieren generar la vida en él. Una política de la muerte, una tanatopolítica, representa la exacerbación del dominio de lo biopolítico al no hacer vivir.

De forma que podemos entender que las acciones del Estado productoras de muerte del cuerpo social no se encuentran fuera del sentido general de la biopolítica. El Estado al manejar y determinar las condiciones en que es posible la vida, incluye también la capacidad de impedir que dichas condiciones puedan

²³ ESPOSITO, R. *Biopolítica y Filosofía*. Amorrutu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006. Pág.65

surgir o simplemente dejar de hacer posible sus condiciones. Ello lleva a una cuestión de gran importancia, la vida pasa a ser un producto del Estado. El accionar biopolítico puede crear las condiciones de la vida social, y por lo mismo establecer cómo y bajo que caracteres se tiene que vivir. De manera que las formas de dominación y de control sobre la vida no sólo responden a la posibilidad de hacer vivir o de hacer morir – o no hacer vivir-; ya que el Estado a su vez puede configurar las formas de vida, sus cualidades sus características y sus expresiones. En palabras corrientes, la producción de la vida implica una gama amplia en que el Estado puede llegar intervenir. La producción de muerte, es a la vez la reafirmación que se tiene el control sobre la vida.

3.7 La Biopolítica y sistemas de control.

Para Foucault la capacidad de generar las condiciones de vida de la población y las cualidades de esta, representa un sistema de control respecto del cuerpo social. Es así que el Estado Biopolítico es un Estado de dispositivos (controles) de manejo de la vida en sus diferentes fases.

Foucault respecto a esto nos comenta *“El momento histórico de las disciplina es el momento en que nace un arte del cuerpo humano, que no tiende únicamente al aumento de sus habilidades, ni tampoco a hacer más pesada su sujeción, sino a la formación de un vínculo que, en el mismo mecanismo, lo hace tanto más obediente cuanto más útil, y al revés. Fórmase entonces una política de las coerciones que constituyen un trabajo sobre el cuerpo, una manipulación calculada de sus elementos, de sus gestos, de sus comportamientos. El cuerpo humano entra en un mecanismo de poder que lo explora, lo desarticula y lo recompone”*²⁴. Bajo este aspecto la entrada de la biopolítica tiene como correlato la introducción de los elementos disciplinarios en el cuerpo social. Por una parte, el sentido general de la biopolítica opera generando las condiciones de vida, por otro lado es la misma biopolítica quien produce las formas en que dicha vida tiene que ser configurada.

La disciplina no sólo implica una forma de afectación de los cuerpos, sino también una manera en que se produce la vigilancia de ellos. Los cuerpos sometidos, son cuerpos vigilados. Foucault comprende que la sociedad de la disciplina es a su vez la sociedad panóptica. La idea del panóptico implica que la economía no sólo va en sentido de aplicación de las técnicas corporales para el encausamiento de las conductas, sino que las formas de vigilancia se hacen de manera eficiente estableciendo un sistema de control igualmente eficiente y abarcativo, pues pocos operadores pueden observar a muchos. De allí que los sistemas de control son a la vez infraestructuras, arquitecturas; existe así una determinación de los elementos físicos que rodean a los vigilados.

²⁴ FOUCAULT M. *Vigilar y Castigar*. Siglo XXI Editores, Buenos aires, 2002. Pág. 142

El desarrollo de la disciplina tiene que configurar y establecer un entendimiento del cuerpo sobre el cual actúa. En ese sentido, tiene que encontrar variables, hacer distinciones, jerarquizar necesidades, establecer causales y comparar situaciones; es una economía política de los cuerpos, en donde la administración de ellos los cataloga y regulariza²⁵. Existe así un efecto “normalizador” de las entidades disciplinarias. Esto es muy importante, puesto que la creación y manejo del cuerpo que se da en los sistemas disciplinarios, se produce en relación a la manera en que se procede a entenderlo. Aquí podemos observar como un concepto de verdad acerca del mundo (por ejemplo la idea de economía política) lleva a que el Estado y sus instituciones reproduzcan las condiciones de verdad de ella misma. En ese sentido la afectación de los cuerpos, es una operación que busca adecuarse a las condiciones de verdad que hacen posible la propia existencia del Estado. En otras palabras, el accionar en conformidad a un concepto verdad es la ratificación del mismo. Bajo este aspecto el accionar disciplinario vale como la formación del concepto de cuerpo que se busca y entiende como verídico.

En consideración a lo anterior, el régimen biopolítico es aquel que vio nacer el sistema penal contemporáneo²⁶, representado con la pena de privación de libertad. En tanto los individuos, son sustraídos de la sociedad pasando a un régimen en el cual el sistema penal estructura los tiempos del sujeto, los espacios en los cuales tiene que residir, con quienes tienen que vivir y bajo qué condiciones. El accionar del sistema penal es la demostración radical, de la disciplina y del régimen de control biopolítico.

De acuerdo a Foucault es en el proceso disciplinario donde emergen las ideas socializadoras, no como moralidad intrínseca del sujeto sometido a la disciplina, sino como socialización utilitaria para los fines del Estado. En ese sentido la disciplina tiene un doble efecto. Primero respecto del individuo que se ve sometido a ella; segundo el efecto ejemplarizador hacia el cuerpo social. El propio efecto de la disciplina es que su aplicación particular es a su vez la reafirmación general del sistema de control.

Bajo este punto hay que recordar el concepto tanatopolítica, como la producción -o el no hacer- de la muerte por parte del Estado. La producción de muerte no va sólo dirigido a quienes efectivamente se ven sometidos a ella, sino al cuerpo social que se mantiene con vida. Así por ejemplo las políticas genocidas por parte del Sudan a la población de color, no sólo implica el manejo de la muerte a dicha población, sino la manifestación que el Estado sudanés maneja y controla la vida de la población no asesinada.

²⁵Idem. Pág. 188

²⁶ FOUCAULT, M. **Nacimiento de la Biopolítica**. Ed. Fondo de cultura Económica, Buenos aires, 2007, Pág. 87

II. CONTROL SOCIAL

1. Definición general del concepto de Control Social.

A partir de Cohen se puede definir *Control Social* como “los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones”²⁷.

El control social comprende todas las instancias, formales e informales, de adecuación de los comportamientos sociales a las pautas de organización de la convivencia que cada sociedad o grupo social quiere o puede darse. Este control social se ejerce mediante mecanismos no formalizados jurídicamente (*medios de control social informales*): el sistema educativo, el sistema sanitario y asistencial del Estado, las normas morales, las ideas religiosas, y en general todo el sistema de organización social. Desde esta perspectiva, el control social no sólo tiene por objeto el estudio del comportamiento desviado, sino el comportamiento del cuerpo social en general, a fin de introducir subjetividades para que ellas se reproduzcan.

La idea de control social se asocia a todas las instancias que permiten la convivencia social, estableciendo los límites de lo posible. Para esta manera de entender el concepto, entonces, no habría diferencia sustancial entre la decisión de un ciudadano de no cruzar la calle cuando el semáforo está en rojo, con el castigo que implica la privación de libertad ante ciertos delitos. La problemática evidente que se desprende de esta gruesa distinción es lo que impulsa a Roberto Bergalli a tratar de distinguir un uso acotado del concepto de control social en referencia a las competencias sociales de la sanción penal.

Bergalli distingue entre control social y control punitivo, rechazando la idea de que el control penal sea una forma de control social: “*Si bien a los sistemas penales modernos se les viene adjudicando en los tiempos más recientes la función de control social, ya me he permitido afirmar en otras oportunidades que tal atribución no sólo es errónea, sino que también se hace sin conocimiento de la historia, de los orígenes y de sus aplicaciones en la tradición de ciencias sociales*”²⁸. De esta forma el Control Social no es control punitivo.

²⁷ COHEN, Stanley. *Visiones del control social*, PPU, BARCELONA, 1988. Similar, BUSTOS-HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal.*, T.I, Edit. Trotta, 1997, p. 15.

²⁸ BERGALLI, R. “*Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo*”, en Revista de Ciencias Sociales *Sistema*, Madrid, n°160, enero 2001, p. 112.

2. Control Punitivo y Control Penal.

Bergalli define el *control punitivo* como ejercicio de poder que es por naturaleza más coercitivo y cuya aplicación implica el uso de la violencia, en el caso que tenga que ser cumplido contra la voluntad del/los controlado/s. Este procedimiento está legitimado porque su ejercicio corresponde a la propia esencia de los sistemas penales modernos, “elaborados y constituidos en el marco de la forma del Estado constitucional de derecho”.²⁹

Para Bergalli, el control penal es netamente una forma de control punitivo, pues si consideramos, como acierta Bergalli, que “el substantivo control descuenta que alguien o una instancia ubicada en un plano distinto (superior o distante) de los objetos/sujetos controlados ejerce sobre éstos una misión de comprobación, inspección, fiscalización... bien impuestos sobre ellos, bien acordados con ellos”³⁰ para darnos cuenta que una cosa es que el controlado acepte la corrección que refleja ese control, y otra es que el control se aplique coercitivamente ante la infracción mediante la aplicación de una pena.

Eso, está legitimado pues “*su ejercicio corresponde a la propia esencia de los sistemas penales modernos elaborados y constituidos en el marco de la forma del Estado constitucional de derecho*”³¹. Este es precisamente el fundamento de la diferencia entre ambas instancias, pues sólo el Estado es el responsable de la aplicación de la sanción penal. Nadie más que el soberano, en este caso los Estados modernos, tienen la posibilidad de ejercer la sanción punitiva que implica el castigo legal.

Si bien, históricamente buena parte de las funciones de control social han sido ejecutadas por el estado, hoy en día la mayor parte de ellas se encuentra de parte de los ciudadanos y bien de agentes privados. Buen ejemplo de esto es la publicidad, que hoy en día inunda las instancias más privadas del deseo para generar ahí aquello que los capitales privados desean: consumo. Y no sólo esto, sino que las amplias atribuciones que tienen las altas esferas económicas sobre la vida social, establecen los márgenes de lo posible y lo imposible en la convivencia ciudadana, por ejemplo, la flexibilización laboral o el cambio de uso de suelo de lugares públicos para su comercialización privada con el respectivo control de la circulación que esto implica. Incluso, esta influencia llega al punto de tener un peso importantísimo en el estableciendo de políticas públicas del Estado. En definitiva, el control social tiende a desprenderse cada vez más del estado hacia manos privadas, no así el control punitivo que por la definición misma de la constitución del Estado como forma de organización social, le pertenece inalienablemente.

²⁹ Ídem.

³⁰ BERGALLI, 2001, p.112.

³¹ Ídem.

Pero es necesario considerar nuevamente³² que la Ley tiene a la vez un aspecto vinculado al control punitivo, pero a la vez ejerce como forma de control social cada vez que está ligada a la prevención de la aparición de conductas desviadas y a la sanción normalizante no punitiva.

3. Control Social y Biopolítica.

Podemos entender por control social todas aquellas instancias de regulación de la vida social que no están mediadas por la coerción punitiva, y que aparece naturalizada en la medida que se encuentra interiorizada por los individuos desde donde opera en la regulación de las conductas. Esto tiene como efecto la reproducción de una forma social específica a nivel de la constitución subjetiva. De esta forma, el control social tiene una dimensión negativa, es decir, la regulación de las conductas y el impedimento de la transgresión; y otra productiva, en función de que produce un sujeto específico mediante la reproducción de una forma subjetiva determinada. Por otro parte, el control punitivo queda restringido a todas las acciones propiamente negativas, en un sentido radical, donde la restricción implica la aparición de una violencia explícita.

El concepto de biopolítica permite entender estas distinciones, en la medida que la regulación de la vida y su potenciación responden al aspecto productivo del control social, que encuentra su aspecto negativo en la regulación normalizante que no requiere de la violencia para ser efectiva. De esta forma, cualquier agente privado puede ejecutar esta función. Pero la ejecución de conductas propiamente punitivas por parte del Estado, cae en lo que podríamos entender como una tanatopolítica, es decir, una aniquilación de la vida tanto real como simbólica por medio del ejercicio soberano que sólo a él le corresponde.

El concepto de biopolítica muestra de manera evidente la manera en que las formas de control social desbordan el aspecto punitivo propio del control penal para deslizarse en mecanismos mucho más efectivos y sutiles, que comprende aspectos mucho más complejos a la hora de dar cuenta de los mecanismos que aseguran su internalización en los sujetos.

Efectivamente, la vida como campo de interés político implica también, la producción misma de las formas de vida; un movimiento productivo, y no negativo como el las disciplinas (en la medida en que restringe la aparición de conductas), que permite el desarrollo de determinadas formas subjetivas que constituyan el piso legitimador de los intereses de la dominación biopolítica.

De esta forma, es posible pensar que los juicios y conductas que se internalizan por medio de los mecanismos de socialización – como la socialización primaria dentro de las familias o la escolarización formal- son aquellos que responden a los

³² Como se hizo en el apartado *Paradigma estratégico* del punto *Analítica del Poder*.

parámetros y valores deseados para el funcionamiento de cierta estructura sociocultural, cierta forma de producción material de la vida, que en el caso del estado chileno corresponden al ideal normativo de la modernidad expresado en el poder burocrático de administración neoliberal³³

De todas formas, las mismas formas de socialización entendidas como las instancias tempranas de introducción y producción de subjetividad no dan cuenta de la totalidad de estrategias por medio de las cuales se perpetúa determinada formación social. El impulso expansionista del estado, en términos culturales e ideológicos, se traduce en la instauración de una serie de dispositivos que permiten el flujo y la filtración de los contenidos culturales en gran parte de la población. La población toma lugar de objeto de interés por este motivo.

Como recalca Díaz³⁴, el interés por este aspecto de la población no es aislado. A partir del Siglo VXIII comienza a existir un progresivo interés de parte de las instancias ligadas al poder político, hacia todas aquellas variables de orden biológico que inciden en el gobierno de una población. Aquello que Foucault³⁵ denomina “gubernamentalidad”, como hemos visto, en definitiva corresponde a una modalidad de ejercicio del poder centrada en el interés por la gestión de los procesos poblacionales. En sus palabras, *“corresponde al conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma bien específica, aunque muy compleja de poder, que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad”*³⁶. En este contexto, la economía constituye un saber acerca de los procesos que giran en torno a la población, saber a partir del cual es posible el gobierno como administración de los elementos de una población hacia el bien común, mediante la gestión de agentes gubernamentales que operan homogeneizando la manera de obtener dicho bien común.

La gestión gubernamental se enmarca dentro de esta reestructuración general de la economía del poder en las sociedades contemporáneas, que no suprime las técnicas disciplinarias, pero que se sitúa en otro nivel: *“está destinada a la multiplicidad de los hombres, pero no en cuanto se resumen en cuerpos sino en la medida en que forman, al contrario, una masa global, afectada por procesos de conjunto que son propios de la vida, como el nacimiento, la muerte, la producción, la enfermedad, etcétera... lo que yo llamaría una biopolítica de la especie*

33 PÉREZ SOTO, C. *Para una Crítica del Poder Burocrático.*; LOM Ediciones; Universidad ARCIS Santiago de Chile, 2001.

³⁴ DÍAZ, F. *Reforma Psiquiátrica y el Tratamiento de Pacientes Psicóticos en Chile: Consideraciones sobre una Administración Biopolítica de la Locura.* Memoria para optar al Título de Psicólogo. Universidad de Chile, 2009.

³⁵ FOUCAULT, M. *Seguridad, Territorio, Población.* Curso en el Collège de France (1977-1978). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

³⁶ Idem. P. 136

*humana*³⁷. En definitiva, como ya hemos visto, un interés por parte de la política en los fenómenos propios a la vida biológica de los seres humanos, una apropiación de la vida por parte del poder, que buscará administrarla en función de su maximización y en un rechazo hacia la muerte que marca la diferencia fundamental con lo esencial del poder soberano. Es precisamente este rechazo hacia la muerte lo que empuja a volver productivos a quienes históricamente no lo han sido.

La gestión biopolítica de la población toma a su cargo todas estas dificultades a través de aquello que Foucault denomina “controles reguladores” o “dispositivos de seguridad”; intervenciones que pretenden sostener un dominio administrativo sobre estas variables biológicas propias a la población, intentando establecer las regularidades con las que estas variables se presentan al interior de un tiempo y un espacio determinado, lo cuál se configura como un saber estadístico sobre estos procesos. Un saber que, siguiendo a Hanna Arendt, que siempre aparece recubierto por un ideal de neutralidad científica que oculta su voluntad de homogeneización de las formas de vida posibles al interior del conglomerado poblacional sobre el cual opera: *“La uniformidad estadística no es en modo alguno un ideal científico inofensivo, sino el ya no secreto ideal político de una sociedad que, sumergida por entero en la rutina de vivir cotidiano, se halla en paz con la perspectiva científica inherente a su propia existencia”*³⁸

En relación a este ideal científico de uniformidad estadística, aquello que podríamos llamar la desviación adquiere un nuevo tratamiento³⁹. Mediante los dispositivos de seguridad, la desviación se va a insertar al interior de una serie de acontecimientos probables, como un fenómeno indeseado regularizable en sus efectos a nivel poblacional, no necesariamente en función de la violencia explícita o la exclusión, sino a partir del saber estadístico y económico, produciendo así un efecto de normalización.

De todas formas, la normalización en las sociedades contemporáneas entra en un registro diferente al de la disciplina. Si la disciplina es entendida como *“estos métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y le imponen una relación de docilidad-utilidad”*⁴⁰, implica establecer un modelo hacia el cual la disciplina sujeta los actos, los gestos y los cuerpos, modelo que se instituye como una norma, donde lo normal es aquello que es capaz de cumplir con su exigencias, mientras que lo anormal es aquello que no logra adecuarse. Por su parte, los mecanismos

³⁷ FOUCAULT, M. *Historia de la sexualidad, la voluntad de saber. (Vol. I)* Madrid, Siglo XXI. 1998 p.220.

³⁸ ARENDT, H. *La condición humana*. Barcelona, Paidós. 2005. p. 66

³⁹ DÍAZ, F. *Reforma Psiquiátrica y el Tratamiento de Pacientes Psicóticos en Chile: Consideraciones sobre una Administración Biopolítica de la Locura*. Memoria para optar al Título de Psicólogo. Universidad de Chile, 2009.

⁴⁰ FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno. 2002. p.141.

de seguridad, al tratar de reducir los fenómenos peligrosos o que amenazan la vida, hacia una curva normal de los fenómenos poblacionales esperables, la existencia de la desviación se vuelve un supuesto necesario. Pese a esto, la desviación deberá aparecer siempre conforme a la manera en que se espera que aparezca según indica la regularidad a nivel poblacional establecida por la estadística. Las distintas desviaciones presentarán sus propias curvas normales: *“habrá un señalamiento de las diferentes curvas de normalidad, y la operación de normalización consistirá en hacer interactuar esas diferentes atribuciones de normalidad y procurar que las más desfavorables se asimilen a las más favorables”*⁴¹

Esta forma de normalización⁴² implica que lo fundamental ya no es una partición binaria entre lo normal y lo anormal, entre el comportamiento sano y la sintomatología de la locura que la sitúan dentro del campo de la anormalidad, sino que estos fenómenos son considerados desde siempre como normales, en cuanto su aparición es esperable dentro de una proporción determinada, pero que sin embargo entran en referencia a otros elementos considerados “más normales”. Se produce una normalización, que como dice Foucault, corresponde a un juego dentro de normalidades diferenciales.

Un buen ejemplo de esto son los índices de pobreza considerados dentro de la gestión gubernamental, pues sus implicancias como desviación están directamente relacionadas con la serie de estrategias que despliega el estado para paliar sus efectos. Ocurre que con la pobreza se despliegan una serie de estrategias de asistencia estatal que determinan el carácter subjetivo de su objeto. Dicho de otro modo, la asistencia estatal supone un determinado sujeto de necesidad cuyas características están determinadas por aquellas falencias que la gestión gubernamental considera necesarias de reparar. De esta forma, en cada intervención estatal se ponen un juego la configuración de un universo simbólico determinado en sus nociones de bien y mal, sobre las carencias, las dificultades y las fortalezas, su relación a los bienes de consumo, las formas de producción y el lazo social. Todo este universo regido dentro de los parámetros de la media estadística propia a la sociedad de consumo.

De alguna manera, el concepto de biopolítica da cuenta en que las nuevas formas de poder no disciplinarias pasan precisamente por la administración de la vida de las poblaciones por medio de la gestión gubernamental. Este proceso se lleva a cabo en el sentido biológico, pero también en el sentido simbólico a nivel del cuerpo social; no sólo perpetuando la vida, sino también una cierta manera de producirla.

⁴¹ FOUCAULT, M. **Seguridad, Territorio, Población. Curso en el Collège de France (1977-1978)**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 84.

⁴² En rigor, Foucault reserva el concepto de normalización para dar cuenta de este proceso, mientras que para el caso de las disciplinas, sería más justo decir que se trata de una normación

III. MECANISMOS JURÍDICOS DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN: DOCTRINA DE SEGURIDAD NACIONAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Tal y como se explica más arriba, la biopolítica, entendida como el control sobre la vida del cuerpo social y de sus integrantes, comprende asimismo y de modo correlativo, la producción de muerte. En efecto, mediante el accionar biopolítico el Estado configura, genera y determina las condiciones bajo las cuales es o no es posible la vida.

Ahora bien, dicho accionar no solo se conforma con la generación de las condiciones en que si, y solo si, es dable la vida, sino además – y de modo patente, por cierto – mediante la eliminación de aquello que se opone al discurso único posible, de aquellos que se resisten organizadamente a la administración de su vida en función de la “rentabilidad” de su existencia para la sociedad.

Bajo tales condiciones el Estado de Excepción emerge como dispositivo biopolítico por medio del cual el ente estatal pretende articular dentro del ordenamiento jurídico su propia suspensión, otorgándole forma legal a aquello que no puede tener forma legal⁴³. Una anomia a partir de la cual el individuo es excluido de la norma que sin embargo continúa vigente, mas sin aplicación.

En este orden de ideas, la Doctrina de Seguridad Nacional encuentra un lugar primordial en la elaboración de teorías que buscan anexar la excepcionalidad dentro del orden jurídico permitiendo la eliminación de determinados sectores de la población en razón de constituir un peligro u obstáculo al normal desenvolvimiento del sistema; teorías que, como más adelante estudiaremos, se encuentran lejos de ser abandonadas.

1. Doctrina de Seguridad Nacional. Implicancias en América Latina.

Se reconoce como primera fuente y base científica de la DSN a la geopolítica, entendida como “la ciencia que estudia la influencia de los factores geográficos en la vida y evolución de los Estados a fin de extraer conclusiones de carácter político”⁴⁴, cuyo origen se encuentra en el pensamiento pangermanista del siglo XIX, llegando a ser una de las bases del pensamiento nazi con la idea del espacio vital de la nación que influye en la concepción orgánica del Estado, esto es, como ente supraindividual con vida y conciencia propias, que nace, crece y muere en medio de permanentes luchas y conflictos biológicos. De allí que la doctrina de seguridad nacional deriva en una doctrina eminentemente político-militar cuyo objetivo es liberar al Estado de todo peligro, riesgo, daño o perjuicio, tanto interno

⁴³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción*. Adriana Hidalgo Editora. 2003. p. 24.

⁴⁴ COMBLIN, Joseph. *La doctrina de la Seguridad Nacional*. Revista Mensaje N° 247, Mayo-Abril. Santiago. p. 97.

como externo, que amenace la existencia y la supervivencia de la Nación. De este modo, Estado y Nación se identifican plenamente. El Estado pasa a ser la encarnación misma de la Nación y del espíritu nacional por encima de intereses particulares y conflictos contingentes.

Históricamente, sin embargo, se atribuye al ejército francés la elaboración más depurada de la doctrina mediante la teorización de su experiencia militar en las guerras de Liberación Nacional surgidas en las colonias de Indochina (1946-1956) y Argelia (1954-1962) con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Justamente, hasta antes de la segunda Guerra mundial, los tipos de conflictos armados conceptualizados en Derecho Internacional eran los siguientes⁴⁵: a) guerra convencional entre Estados; b) hostilidades o uso de la fuerza entre Estados que no constituyen guerra; c) el espontáneo alzamiento en masa de la población de un Estado ante la aproximación de un enemigo; d) la guerra civil.

Tras la derrota militar del imperio francés en Asia a manos del Vietminh de Ho Chi Minh, se estimó necesario diseñar nuevas formas de combate, lo que en esencia importó la radical eliminación, en la práctica, de la distinción entre civiles y combatientes y entre blancos militares y no militares; el enemigo puede ser cualquiera, desde que éste se encuentra diseminado al interior de la sociedad civil adoctrinada, de modo tal que las poblaciones se convierten en sospechosos *a priori*, porque son susceptibles de dar su apoyo a los rebeldes: *“El problema numero uno es el dominio de la población, que sirve de apoyo a esta guerra y en medio de la cual se desarrolla...”*⁴⁶, explica el coronel Charles Lecheroy, uno de los artífices de la teoría de la “guerra revolucionaria”.

La “guerra contrarrevolucionaria” deviene, por tanto, en una “guerra total”, es decir, aquel conflicto en que los recursos políticos, militares, económicos y psicológicos están plenamente comprometidos y donde la supervivencia de uno de los beligerantes está en peligro. Así, para SCHMITT, “La guerra total elimina la distinción entre combatientes y no combatientes, y reconoce como emanación de esta enemistad, además de la guerra militar, también la no militar (guerra económica, guerra propagandística)...la totalización consiste en que el enfrentamiento hostil también abarca asuntos extramilitares (economía, propaganda, energías psíquicas y morales de los no combatientes).”⁴⁷

Ante la imposibilidad de distinguir entre civil y militar, entre paz y guerra, el ámbito de represión aumenta, lo que hace imprescindible la existencia de una

⁴⁵ MEDINA, Cecilia, NASH, Claudio. **Materiales de Estudio**. Material no publicado, entregado a los alumnos del Curso Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2004, Segundo Semestre. Facultad de Derecho – Universidad de Chile. p. 4.

⁴⁶ ROBIN, Marie Monique. **Escuadrones de la Muerte. La Escuela Francesa**. Editorial Sudamericana, 2005. p. 60.

⁴⁷ SCHMITH, Carl. **La relación entre los conceptos “Guerra” y Enemigo**. en ORESTES, Héctor, **Carl Schmitt . Teólogo de la política**, Prólogo y Selección de textos, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp.147-154.

organización de inteligencia y represión especial para combatir al enemigo, planteando la subordinación de la política a la guerra y una concepción absoluta de la lucha.⁴⁸

Luego, queda abierta la puerta de la legitimidad para los más atroces crímenes de guerra, tales como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada, el secuestro, como medios válidos de lucha contra el enemigo. Lo anterior, en una flagrante vulneración de las normas imperativas del Derecho Internacional Humanitario, constitutivo del denominado *ius cogens* de la comunidad internacional.⁴⁹

La suspensión del ordenamiento jurídico fue decretado en abril de 1961 por De Gaulle recurriendo al Art. 16 de la Constitución francesa que establece que el Presidente DE la República podrá tomar la medidas necesarias “cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus obligaciones internacionales sean amenazadas en modo grave e inmediato y el funcionamiento regular de los poderes públicos se vea interrumpido”.⁵⁰

Ahora, la importación de la DSN a América se contextualiza en el periodo post-guerra como producto del inicio de la “Guerra Fría”. En efecto, si bien las pretensiones hegemónicas de Norteamericana hacia Latinoamérica se remontan a la independencia misma de los Estados Americanos con la denominada “Doctrina Monroe” como respuesta a la amenaza que suponía la restauración monárquica en Europa y la Santa Alianza, no es sino con el acaecimiento de la Segunda Guerra Mundial donde EE.UU. se posiciona y atribuye la calidad de garante del Mundo Occidental Cristiano, democrático y libre, y en la necesidad de protección del hemisferio en contra del comunismo internacional liderado por la URSS.

Como veremos más adelante, la concepción del **enemigo interno** jugará un rol gravitante bajo el manejo cognitivo de las dinámicas de resistencias a las políticas colonialistas europeas y la de EE.UU., argumento en el cual el gobierno norteamericano se amparará para comenzar a ejercer una fuerte influencia ideológica sobre las fuerzas armadas latinoamericanas, lo que tenderá a la militarización de la política del cono sur. Así, el año 1946 se crea la Escuela de las Américas, con sede en Panamá, y cuyo objeto fue proveer a los altos mandos militares de la región de un instrumental teórico en guerra psicológica y de manejo de información en el marco de las provisiones que generan los “interrogatorios” (tortura).⁵¹

⁴⁸ NINA, Andrés. *La doctrina de seguridad nacional y la integración latinoamericana*. Revista Nueva Sociedad Nº 27, noviembre – diciembre, 1979, pp. 33-50

⁴⁹ La Convención de Viena sobre lo Tratados, suscrita el año 1969, define IUS COGENS en su Art. 53 como aquella “norma aceptada y recogida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo parecer”.

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción*. 2003. p. 43.

⁵¹ FUENTEVILLA, Cristián. *El Destino Manifiesto en la representación de la Doctrina de la Seguridad Nacional*. Documento electrónico disponible en: www.revistapolis.cl

De esta manera, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se sucederán una serie de golpes de Estados en las naciones sudamericanas tal como se grafica en el siguiente cuadro:

Golpes de Estado propiciados por EE. UU. en America Latina⁵².

FECHA	PAÍS	PRESIDENTE DERROCADO
Mayo 1954	Paraguay	Federico Chaves
Marzo 1962	Argentina	Arturo Frondizi
Julio 1962	Perú	Manuel Prado
Marzo 1963	Guatemala	Idígoras Fuentes
Julio 1963	Ecuador	C. Julio Arosemena
Septiembre 1963	Republica Dominicana	Juan Bosch
Octubre 1963	Honduras	R. Villeda Morales
Abril 1964	Brasil	Joao Goulart
Noviembre 1964	Bolivia	Victor Paz Estenssoro
Junio 1966	Argentina	Arturo Illia
Septiembre 1973	Chile	Salvador Allende
Marzo 1976	Argentina	María Estela Martínez
Diciembre 1989	Panamá	M. Antonio Noriega

Las Fuerzas Armadas de cada uno de los países pondrá en práctica el conjunto de herramientas proporcionadas en las diversas instituciones militares estadounidenses encargadas de formar a la oficialidad latinoamericana, cuyo máximo exponente fue la ya señalada Escuela de las Américas, permitiéndoles un alto grado de eficiencia en la represión, aniquilamiento y neutralización de las diferentes expresiones de disidencia política amparados en una inescrupulosa impunidad.

Al respecto, cabe aquí citar el fallo pronunciado por la Segunda Sala de nuestra Corte Suprema con fecha 21 de enero del año en curso, en la causa seguida contra los agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) por los delitos llevados a cabo durante la dictadura Militar en Chile. Al efecto el fallo establece que:

“...atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos, durante la indagación, es procedente concluir que se esta en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

Efectivamente, como el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del estado, constituyendo las

⁵² Fuente: ROUQUIE, Alain. *El Estado militar en America Latina*, Siglo XXI. México. 1984. p. 154.

victimias un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sintio como pertenecientes ideológicamente al régimen político depuesto o que, por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los sublevados. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión publica local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario.” (Considerando décimo cuarto).⁵³

Como es dable observar, se trata de una lisa y llana eliminación de aquel conjunto de la población que resistieren o simplemente no consintieren o apoyasen el proyecto político social que se pretendía llevar a cabo. Una verdadera tanatopolítica dirigida por el Estado para “salvuarda” de los valores “superiores y permanentes de la Nación chilena”. Una administración implacable del cuerpo social.

2. Concepto de enemigo en la Doctrina de Seguridad Nacional.

El Estado entendido aquí, como ente supraindividual garante de la nación que jurisdiccional, se encontraría en constante acecho, ya sea por amenazas externas o bien surgidas al interior de su propio territorio. La Seguridad Nacional así entendida emerge como un concepto destinado no sólo a proteger la integridad territorial, sino muy especialmente a defender los valores nacionales que conforman el alma o tradición, ya que sin ellos la identidad nacional misma se destruiría⁵⁴. Resulta, en consecuencia de vital trascendencia la identificación y pleno conocimiento de aquellas, lo cual nos conduce directamente al concepto de enemigo. “*La guerra total sólo adquiere su sentido a través del enemigo total*”, expresa Carl Schmitt.⁵⁵

En esta identificación del enemigo interno, la influencia de los Estados Unidos será, por supuesto, gravitante. Entre 1950 y 1969, recibieron instrucción norteamericana 54.000 oficiales latinoamericanos. Las temáticas serán del

⁵³ Causa Rol N° 3907-2007. Disponible en www.poderjudicial.cl

⁵⁴ P. 56.

⁵⁵ SCHMITT, CARL. *La relación entre los conceptos “Guerra” y Enemigo*, 2001, pp.147-154.

siguiente tenor: “Así es el comunismo”. “Cómo funciona el partido comunista”. “Conquista y colonización comunista”. “El dominio del partido comunista en Rusia”. “La respuesta de una nación al comunismo”. “Cómo logran y retienen el poder los comunistas”. “La democracia contra el comunismo”. “¿Qué hacen los comunistas en libertad? ¿Cómo controla el comunismo las ideas de los pueblos?”. Además, para oficiales de formación se dictó el curso “Comunismo versus Democracia”, para tenientes y capitanes, el curso “Introducción a la Guerra Especial”; y para mayores, los cursos “Ideología Comunista y Objetivos Nacionales” y “La Amenaza Comunista”.⁵⁶

Pues bien, a nivel local podemos recoger las palabras de Jaime Guzmán – principal ideólogo del régimen militar – que al referirse al efecto, señalará que “la Seguridad de las personas se ve hoy agredida por dos realidades íntimamente ligadas. Una, la subversión que impulsa el imperialismo soviético a través del marxismo – leninismo, bajo múltiples manifestaciones algunos incluso muy sutiles, en todos los países que aún no han sido satelizados bajo su égida. La otra, el terrorismo”.⁵⁷

La militarización del concepto de seguridad se hace insoslayable y necesario resulta, en consecuencia, declararse en situación de guerra para la eliminación del enemigo interno. En este sentido, la Junta de Gobierno de Chile, mediante el DL N° 3 del 11 de septiembre de 1973, declaró el Estado de Sitio en todo el territorio nacional en atención “a la situación de conmoción interior” e “interpretando el Art. 418 del Código de Justicia Militar, en el sentido que el estado de sitio debe entenderse “estado o tiempo de guerra”. Asimismo, el 18 de Junio de 1974, El Diario Oficial publicaba el DL N° 521, que daba origen a la dirección de inteligencia nacional, continuadora legal de la llamada DINA, organizada en 1973, creada para reunir toda la información a nivel nacional para adecuar las determinaciones del Gobierno en el campo del desarrollo y la seguridad nacional.

En cuanto al modo de enfrentar las amenazas al proyecto se argumenta que “la lucha contra la subversión y el terrorismo enfrenta hoy un doble peligro para su recta eficacia.”(...)“Por una parte asistimos a una vasta y sistemática campaña internacional orquestada por el imperialismo soviético, cuyo propósito apunta a inhibir o retraer ese combate a los gobiernos de todos los países libres del mundo, so pretexto de acusar como violatoria de los derechos humanos, cualquier acción destinada a reprimir el flagelo terrorista o la amenaza subversiva”(...)“Si los gobiernos de los países que el comunismo aún no domina se debilitan o claudican en su lucha antiterrorista y antisubversiva, estarían – entonces sí – violando por omisión los derechos humanos, al no protegerlos como es su deber, situación que

⁵⁶ VELÁSQUEZ, Édgar de Jesús. *Historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional*. Universidad del Cauca, Colombia. p.17-18

⁵⁷ GUZMÁN, Jaime. *Seguridad Nacional en la Constitución de 1980*. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. N° 37-38.Vol. 1985.Santiago. p.54.

suele suceder, pero que jamás he visto denunciada en ningún foro internacional ni en ningún comité de defensa de los derechos del hombre”⁵⁸

Vemos pues como opera la lógica político-militar de la DSN: bajo una estructura binaria sencilla amigo-enemigo, el Estado descomplejiza la realidad y otorga certezas en el marco de una guerra psicológica con el objeto de recabar tras de sí el apoyo de la población a través de la manipulación en el control de los medios de comunicación que le permite justificar el atropello en los derechos más básicos y esenciales de quien es sindicado como enemigo. La sola constatación (real o no) de su existencia fundamenta la suspensión de sus derechos mediante la promulgación del Estado de Sitio que otorga “legalidad” a su actuar. Desprovisto de todo rasgo de humanidad, el enemigo queda a merced del Estado, quien es exonerado bajo el estado de excepción en la observancia de las normas humanitarias mínimas. De allí la utilización y socialización de términos tales como “humanoide” o “lacra de la sociedad”⁵⁹ para referirse a la disidencia política, violenta o no, al régimen de facto⁶⁰.

En este sentido el General Pinochet, refiriéndose al terrorismo lo declarará como “*una de las peores lacras de nuestro tiempo*”, y al referirse a los terroristas, que en su concepto no eran otros que los partidos de la izquierda marxista, especialmente la leninista, indicó:

*“son seres anormales, aniquilados psicológicamente por su odio, el que vierten hacia la sociedad en nombre de los ‘principios’ que la organización les entrega. Verdaderamente merecen lástima por el nivel de desquiciamiento de su condición humana...”*⁶¹

Nótese el antagonismo substancial e irreconciliable otorgado al enemigo para con la sociedad. Se trata de elementos nocivos para el cuerpo social, sindicados como responsables de todos los males del país. En este mismo orden de ideas corresponde citar el mensaje radial realizado por el general Leigh el 11 de Septiembre de 1973:

“Después de tres años de soportar el cáncer marxista, que nos llevó a un descalabro económico, moral y social que no se podía seguir tolerando, por los sagrados intereses de la patria nos hemos visto obligados a asumir la triste y dolorosa misión que hemos acometido.”(...)”*la enorme mayoría del pueblo chileno está con*

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Expresiones utilizadas por el Almirante Merino y el General Augusto Pinochet, específicamente, para referirse a los sectores marxistas en declaraciones de prensa.

⁶⁰ VILLEGAS, Myrna. ***Derecho Penal del Enemigo y Criminalización del pueblo Mapuche***. Colección Artículos y Conferencias. Ediciones La Cátedra. 2009. p. 19.

⁶¹ PINOCHET UGARTE, Augusto. ***Política, Politiquería y Demagogia***. Edit. Renacimiento, 1983. p. 70.

nosotros, está dispuesto a luchar contra el marxismo, está dispuesto a extirparlo hasta las últimas consecuencias.”⁶²

3. Situación actual. Los actuales enemigos.

El retorno masivo a sistemas políticos democráticos por parte de los países sudamericanos a partir de la década de los 80 ante el desprestigio de los gobiernos autoritarios y su innecesaria presencia para la reproducción del sistema, no ha significado un avance significativo en la vergonzosa y extrema asimetría en la distribución de los ingresos. En efecto, no resulta una incógnita que la sociedad postcolonial Latinoamérica aún guarda de sus orígenes una acentuada estratificación social, de modo tal que el Derecho Penal así como las policías, las cárceles y el resto de las instituciones adscritas al control social institucionalizado emergen en cumplimiento de un rol esencialmente resguardador del statu quo.

Así las cosas, tras la caída de los socialismos reales se consolida un modelo económico unidimensional, mediante la estética del consumo, desarrollada por los medios de comunicación masiva, los servicios financieros y el mercado transnacionalizado.⁶³ En este contexto puede identificarse la existencia de un Derecho Penal de nuevo cuño que acrecienta el control social neocolonial sobre el que está solidamente estructurada la sociedad latinoamericana, donde resurgen conceptos y estereotipos propios de otro momento histórico (guerra fría), pero con propósitos similares, a saber: la construcción de percepciones sociales respecto a la criminalidad a efectos de modificar en términos represivos, el marco legal que rige al sistema penal, recrudesciendo su intervención, y generándose una seria limitación de derechos y libertades ciudadanas en la medida en que las entidades adscritas al sector justicia y policía incrementan sus potestades más allá de los límites establecidos por el Estado Social y Democrático de Derecho⁶⁴. Fenómeno al cual se ha denominado críticamente como **expansión del derecho penal**⁶⁵, el que se expresa mediante, al menos, dos tendencias claramente distinguibles: a) el “derecho penal simbólico” y b) el “punitivismo”.

Se entiende por **derecho penal simbólico** la proliferación de tipos penales destinados únicamente a proporcionar réditos políticos a corto plazo mediante la contención de la opinión pública dirigida por los medios de comunicación social, sin reparar ni en los aspectos técnico-legislativos de su redacción ni en las condiciones de su aplicación práctica aún en desmedro de garantías

⁶² Leigh, Gustavo. *Mensaje Radial, 18:00 hrs. Asunción de la Junta Militar de Gobierno*. 11 de Septiembre de 1973.

⁶³ HERNANDEZ, Benito. *Malestar en el control jurídico penal posmoderno*. Revista de Postgrado en Derecho de la UNAM. Vol. 2, N° 2 enero- junio. 2006. pp. 146-148.

⁶⁴ ZAMORA, Mario. *La doctrina de seguridad nacional y su impacto en el derecho penal latinoamericano*. Revista Cenipec. Enero-Diciembre. 2006. pp. 123-139.

⁶⁵ SILVA SANCHEZ, José María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 1999. Passim.

fundamentales. Se trata de un fenómeno propio de la denominada “sociedad del riesgo”, en virtud de la cual el legislador se vale de la significación que el *ius puniendi* representa en la ciudadanía con el objeto de minimizar y dirigir procesos sociales complejos a través de una intervención simbólica de sus destinatarios a pesar de no existir las condiciones objetivas para la realización de la norma. “El Derecho Penal – afirma HASSEMER⁶⁶ – abandona la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un mínimo ético y deviene un instrumento de control de los grandes problemas sociales”. La prohibición estatal pierde su función de protección de bienes jurídicos. Creados con fines meramente simbólicos, los tipos penales se encaminan menos a evitar el comportamiento prohibido que a reafirmar valores culturales y morales que simbolizan un determinado estilo de vida.

Por su parte el **punitivismo**, importa el incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal⁶⁷, ya sea mediante la introducción de nuevos tipos penales pasando a intervenir ámbitos que no habían sido hasta ahora objeto de regulación penal, o bien a través de la agravación punitiva de tipos tradicionales. Claro reflejo de sendos fenómenos encontramos en la

Dicho fenómeno no es, sin embargo, privativo de Latinoamérica. Por el contrario, los mayores esfuerzos doctrinarios por justificar la restricción a los principios básicos que rigen el tradicional derecho penal de corte liberal, provienen, precisamente, de los países del primer mundo. En palabras de PORTILLA CONTRERAS, lo sorprendente no es la existencia de esa legislación y la constante anulación de garantías para los afectados por ella, sino la aparición de un sustento doctrinal que la reconoce y apoya⁶⁸.

En este sentido, y como corolario de la fusión de las dos tendencias reseñadas anteriormente se articula el **derecho penal del enemigo**. Elaboración doctrinal concebida por Günther JAKOBS⁶⁹, basado en la teoría de sistemas de LUHMANN, conforme a la cual concibe al Derecho, en particular el Derecho Penal, como un subsistema que tiene como finalidad la estabilidad social, la orientación de las acciones y la institucionalización de las expectativas⁷⁰. Esto, por cuanto otorga a la

⁶⁶ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. pp. 23-36.

⁶⁷ CANCIO MALIÁ, Manuel. Derecho Penal de Enemigo y delitos de Terrorismo. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*. Abril-Junio 2003. pp. 31-52

⁶⁸ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001*. documento electrónico disponible en: www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf

⁶⁹ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. UAM Ediciones, Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1997. Mas tarde ha reformulado esta teoría y mejorado en JAKOBS, Gunther ; *Estudios de Derecho Judicial*, N°20, 1999, pp.137 y ss, y en JAKOBS- CANCIO MELÍA; *Derecho penal del Enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, entre otros.

⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Sobre la Normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Thonson Civitas, 2003. p. 49.

norma la función de reducir la complejidad de las sociedades postmodernas asegurando al individuo una orientación hacia el futuro mediante el aseguramiento de sus expectativas normativas a través de la amenaza de una pena que sancione la infracción de la norma, restableciendo la confianza de los miembros de la sociedad. El delito importa "...una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que ella infringe, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama prevención general positiva".⁷¹ Luego, "la pena no asegura bienes jurídicos y menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma"⁷². Afirmación, esta última, que dilucida las pretensiones del autor, esto es, la configuración de un sistema penal estrictamente formal encargado de otorgar estabilidad a la norma, logrando la motivación de los individuos y el aseguramiento de sus expectativas normativas, las cuales descansan – en último término – en la seguridad y vigencia del sistema. Al rechazar la existencia de bienes jurídicos anteriores al sistema, ya que lo que se protege es la expectativa normativa de los ciudadanos asegurada dentro del sistema, se justifica la prescindencia de límites a la pena con el objeto de garantizar dichas expectativas. La medida político criminal de la pena se identifica con la coherencia y racionalidad del propio sistema.

Consecuencia de lo anterior, el infractor podrá ser de dos tipos. Puede tratarse de un ciudadano que ha defraudado las expectativas de los demás miembros de la sociedad de modo incidental, de forma tal que la aplicación de la sanción refuerce el mantenimiento de la norma. En este caso la superación de la conducta disfuncional se logra sin necesidad de cuestionar la norma por la parte que se ha visto lesionado, puesto que se trata de una simple "irritación" de la comunidad en sus expectativas normativas.

De otro lado, el infractor puede consistir en un sujeto que por su posición, forma de vida, raza, religión o pertenencia a una organización, ha huido de manera duradera del derecho. Al haber huido de manera duradera de la ley y no meramente incidental, no garantiza seguridad cognitiva alguna, déficit que expresa a través de su conducta, y por ende, al encontrarse fuera del sistema, no tiene derecho a gozar de los beneficios del mismo, toda vez que la pena, y los consecuentes principios que rigen su aplicación, pierden su funcionalidad al no conseguir restablecer la vigencia de la norma: "*Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas*"⁷³.

Por tanto, el **enemigo** al estar fuera del Pacto Social, ya sea porque nunca ha estado en él y permanece en un estado de naturaleza (Hobbes) o porque habiendo entrado en el pacto, lo ha dejado de cumplir (Rousseau) deja de tener el

⁷¹ Ídem. p. 47.

⁷² Ídem. p. 59.

⁷³ JAKOBS, en JAKOBS- CANCIÓ MELIÁ, 2003, p.47.

status de persona, convirtiéndose en una especie de *criatura animal*, a la que el Estado no tiene obligación de respetar sus derechos⁷⁴, hasta el extremo de contraponer un derecho para ciudadanos sujeto a las garantías de un Estado de Derecho y otro para enemigos, el que, de acuerdo a la propuesta de JAKOBS, se caracteriza⁷⁵, en primer lugar, por un “amplio adelantamiento de la punibilidad” en desmedro del principio de lesividad y como consecuencia lógica de un derecho penal que se basa en la peligrosidad del sujeto (derecho penal de autor), en lugar de un derecho penal del hecho.

En segundo termino, por un importante incremento comparativo de las penas frente al derecho de ciudadanos, en consideración al fin que se le otorga a la sanción penal como aseguradora de las expectativas normativas en resguardo de la vigencia de la norma, lo que relativiza el principio de proporcionalidad propio de un sistema penal democrático, dotando a la pena con el carácter de inocuización del enemigo.

Tercero y último, este derecho penal se caracteriza por la relajación y supresión de determinadas garantías procesales, a favor de un derecho represor más eficaz que permita sortear las “complejidades” del debido proceso cuando se trata de perseguir la punición de ciertos delitos o bien determinadas personas.

4. Relaciones entre la Doctrina de la Seguridad Nacional y el Derecho Penal del Enemigo.

La similitud del constructo jurídico denominado derecho penal del enemigo con la elaboración doctrinaria de la Seguridad Nacional es notable. En efecto, como primer acercamiento, cabe destacar que la idea de seguridad nacional es de naturaleza marcadamente conservadora: busca preservar el estado de cosas existentes dando por sentado que ello es viable, deseable y necesario. Es además un discurso que pretende otorgar certezas: intenta precisar, medir y predecir eficazmente las amenazas, las vulnerabilidades, el tipo, grado, origen, dimensión, foco y alcance del peligro y las estrategias más convenientes y efectivas para superarlo y así evitar el conjunto de riesgos, sorpresas, y dificultades vitales que ponen en entredicho valores precitados para una comunidad dada⁷⁶.

⁷⁴ VILLEGAS, Myrna. *Derecho Penal del Enemigo y Criminalización del pueblo Mapuche*. 2009. p. 18.

⁷⁵ JAKOBS, Gunther. *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 20, pp.137 y ss. citado por CANCIÓ MELIÁ, M., *¿“Derecho penal” del enemigo?*, versión electrónica, 2003, p.18.

⁷⁶ TOKATLIAN, Juan Gabriel, *Drogas, Dilemas y Dogmas*, Editorial Tercer Mundo, Bogotá, 1995, pp. 11-15.

Por su parte, en el funcionalismo radical de JAKOBS al entender al derecho como un subsistema operativamente clausurado⁷⁷, el derecho penal se presenta como un mero instrumento estabilizador de normas, de forma tal que lo funcional o disfuncional se determina sólo a partir de un sistema social dado desprovisto de elementos materiales que permitan otorgarle legitimidad más allá de su existencia real y potencial subsistencia (*statu quo*). El Derecho Penal, vaciado de contenido, se erige como conjunto de prácticas funcionales, estratégicas y selectivas para imponer verdades, adoptando el carácter de herramienta al cual se recurre sistemáticamente para el control de las expectativas sociales, de los conflictos y la continuidad de las condiciones sociales y de consumo existentes⁷⁸. El poder punitivo, por tanto, cumplirá una función eminentemente simbólica, cual es la reafirmación de la vigencia de la norma; función que pierde validez cuando el injusto es realizado por un “enemigo”: aquel que se presente como incapaz de ser motivado por la norma, defraudando constantemente o de modo frontal las expectativas normativas de los miembros de la sociedad debe ser catalogado como un foco de peligro, como objeto de neutralización para salvaguarda y conservación del sistema.

A continuación, y como segunda intersección entre sendas elaboraciones doctrinarias, el Derecho Penal del Enemigo retoma la dicotomía schmittiana amigo-enemigo, con el fin de intervenir de manera agresiva en los derechos de aquel considerado disfuncional a la construcción social y política dominante. Para ello, restituye lógicas operacionales desarrolladas bajo las coordenadas de la guerra psicológica que permiten imponer, desde los centros de poder, fórmulas de descalificación y etiquetamiento social negativo⁷⁹ tendientes a la generación de una base social de apoyo, necesaria e imprescindible, para lograr el aumento en el poder coactivo que ejerce el sistema penal así como las potestades de sus agencias a efectos de contener el desborde de demandas sociales legítimas.

Es en este orden argumentativo donde los medios de comunicación masiva (controlados en su gran mayoría por pequeños grupos de interés) ejercen una influencia decisiva en la creación de condiciones “objetivas” para una represión brutal, mediante la generación de un clima de inseguridad generalizado en la población. La instrumentalización del miedo, a partir de la alarma social provocada, nos permite concordar con ZAMORA⁸⁰, en el sentido de estar en presencia de un proceso de traslación en el eje de la **seguridad** del campo de la seguridad nacional al campo de la seguridad ciudadana. Desde otra perspectiva, se trata de la creación de un estado de emergencia permanente que pone en duda las estructuras democráticas mediante su suspensión en aras de la seguridad y la eficacia. En tal sentido, el totalitarismo moderno puede ser definido, siguiendo a AGEMBEN, como la instauración a través del estado de excepción, de una guerra

⁷⁷ Cfr. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Universidad Iberoamericana. Colección Teoría Social.

⁷⁸ HERNANDEZ, Benito. 2006. p. 142.

⁷⁹ Ídem. p. 130.

⁸⁰ Ibídem.

civil legal, que permite la eliminación física no solo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político”⁸¹.

Luego, es dable concordar en un primer silogismo, a saber: que ambas construcciones ideológicas tienen por objeto relativizar la universalidad de aquellas normas mínimas establecidas por la sociedad en su conjunto para la protección de la persona y su dignidad. En efecto, así como la Doctrina de seguridad Nacional tuvo por objeto brindar de un sustento ideológico y doctrinal a una técnica, a una estrategia militar que justificase y legitimara la vulneración de las normas de Derecho Internacional Humanitario, así como las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos recientemente establecidas convencionalmente, en la actualidad la seguridad ciudadana encuentra en el Derecho penal del Enemigo un constructo intelectual complejo y abstracto con pretensiones de objetividad basado en un estudio meramente descriptivo de las sociedades modernas, que autoriza la suspensión de aquellos derechos y garantías considerados consustanciales al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (verbigracia, el derecho a un debido proceso⁸²) y que forman parte de un derecho penal conforme a un Estado de Derecho democrático. En ambos casos, con el objeto de preservar las relaciones de dominación existentes. El concepto de seguridad se confunde, por tanto, con violencia para la integración social, con una estrategia de lucha en los diversos campos (económico, político, psicológico) para sostén de la conciencia de sociedad, colectividad y unidad⁸³.

Finalmente, como tercera concordancia, llama poderosamente la atención la semejanza en la construcción e importancia otorgada al concepto de enemigo como ente delimitador en el tratamiento de lo disfuncional. Así, JAKOBS parte de la distinción entre individuo y persona: el individuo es real, y pertenece al campo ontológico. Mientras que la persona es concepto abstracto y pertenece al campo de lo deontológico.

El *individuo* como tal pertenece al orden natural; es el ser perceptible por los sentidos tal y como aparece en el mundo de la experiencia. La *persona*, en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino una *construcción social* que se puede otorgar – pero que también puede no atribuirse – a los individuos en función a las expectativas normativas correspondientes a roles. Es, por tanto, el propio sistema social el que constituye a sus unidades funcionales, esto es, la autopoiesis del sistema. Así, los individuos aparecen como personas cuando quedan definidos, cuando su actuar aparece como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo, y en virtud de lo cual se le reconocen sus derechos. El concepto de persona, por tanto, no es previo al sistema, sino que es éste quien lo configura: “desde el punto de vista de la sociedad no son las

⁸¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Excepción*. 2003. p. 25.

⁸² Consagrado en el Art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como en los Art. 8º y 9º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

⁸³ HERNANDEZ, Benito. *Malestar en el control jurídico penal posmoderno*. 2006. p. 144.

personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas”⁸⁴.

Según esto, sólo puede ser sujeto jurídico penal, quien dispone de la competencia de enjuiciar de *modo vinculante* al la norma, al derecho. De esta manera, se comprende fácilmente que todo individuo que no obre vinculado por el deber ha de quedar *excluido* del concepto de persona. El enemigo es una no-persona⁸⁵. Si lo que define a la persona es, en consecuencia, el obrar vinculado al deber o por una obligación, se comprende sin mayor dificultad que todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar excluido del concepto de persona. Luego, cuando ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de conducta, de un comportamiento personal – determinado por derechos y deberes –, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente, esto es, la aparición del individuo peligroso, el enemigo⁸⁶.

Adviértase la similitud, la continuidad lógica del pensamiento propio del periodo post-guerra. Efectivamente, en el marco de la DSN la descalificación, la contradicción se torna vital para la consecución de sus fines. Sólo en la alteridad la DSN logra reconocer los valores “permanentes de la patria”. En la actualidad, finalizada la guerra fría, donde se impone una visión de mundo unidimensional, sólo se es persona en la medida que el individuo acepta el orden establecido. Así, JAKOBS puntualiza que cuando “...quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas”⁸⁷. La integración en el proceso sistémico de semejante conformación normativa de persona ha respaldado la conversión del Derecho del “enemigo” en un Derecho de guerra donde la defensa de la seguridad del Estado prima por sobre principios liberales⁸⁸. La similitud viene dada por el hecho de concebir al enemigo como el *hostis*.

Luego, la analogía en la caracterización del enemigo es ostensible. Así, Augusto Pinochet describió al enemigo como aquel “...*sujeto que continuamente cuestiona, y más que eso, permanentemente está buscando justificaciones para su malsana rebeldía, está incapacitado para sujetarse a cualquier estructura. Hacerlo lo resiente.... No tiene claro el objetivo del cambio que proclama; empero, igual desea destruir, pues lo que él no acepta es el orden establecido. De ahí su ceguera y su andar desprovisto de sentido y racionalidad*”⁸⁹, es decir, aquel

⁸⁴ PORTILLA CONTRERAS, G., “*La legislación de lucha...*”, 2001, pp.3-4.

⁸⁵ Denominación dada por PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; “*La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del ‘enemigo’ tras el atentado de 11 de septiembre de 2001*”. En www.ijjaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf, 2001, p.2 y 3.

⁸⁶ JAKOBS, en JAKOBS- CANSIÓ MELIÀ, 2003, p.47.

⁸⁷ JAKOBS, Gunther ; *Estudios de Derecho Judicial*, N°20, 1999, pp.137 y ss.

⁸⁸ PORTILLA, Guillermo. Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo.

⁸⁹ PINOCHET UGARTE, Augusto. *Política, Polítiquería y Demagogia*, Edit. Renacimiento, 1983, p.70. Lo subrayado es nuestro.

individuo incapaz de motivarse con la norma que huye de manera permanente del derecho y en consecuencia no garantiza ni la más mínima seguridad cognitiva. Un “*ser anormal, un desquiciado*”, en suma, una no persona. El enemigo - ante la DSN como para el DP del Enemigo -, una vez identificado, no es sujeto de derechos sino solo objeto de control y represión.⁹⁰

⁹⁰ VILLEGAS, Myrna. *Derecho Penal del Enemigo y Criminalización del pueblo Mapuche*. 2009. p. 19.

CAPÍTULO II: PUEBLO MAPUCHE, DERECHOS TERRITORIALES Y CRIMINALIZACIÓN. ALGUNAS CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE EL CONFLICTO POR LA RECUPERACIÓN DE TIERRAS

I. DE LA MODERNIDAD EN TERRITORIO INDÍGENA: EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES DE DOMINACIÓN HACIA EL PUEBLO MAPUCHE

Como ocurre en todo conflicto, el que se desenvuelve en el sur del país entre el Estado Chileno, el pueblo Mapuche y las empresas forestales no es posible de reducir en su complejidad hacia una insulsa crónica policial, encuadrándola forzosamente en un problema de orden público y seguridad jurídica, basando las políticas públicas, en materia indígena, en una lógica binaria: mapuche respetuoso del derecho – mapuche al margen del derecho. En efecto, el conflicto tripartito al cual nos referimos posee una multiplicidad de factores que requieren ser analizados para una correcta comprensión a partir de la cual levantar propuestas y soluciones que se articulen en función a la heterogeneidad de sus componentes.

En este orden argumentativo, un lugar primordial encuentra la revisión histórica del conflicto. Mas, no reproduciremos aquí la re-lectura de nuestra historia Republicana, tan llena de eufemismos tales como la *Pacificación de la Araucanía*. Más bien desarrollaremos un parangón entre el periodo que va desde el Golpe Militar de 1973 y la actualidad y lo ocurrido a partir de 1881, luego de la derrota militar Mapuche frente al ejército chileno que significó la invasión de su territorio, el remate de sus tierras y la entrega de aquellas a colonos europeos y chilenos.

Lo anterior, con el objeto de llevar a cabo un estudio sistemático de las relaciones de dominación dispuestas entre el Estado y el pueblo Mapuche en ambos periodos, a la cual menester es añadir un tercer elemento de escaso análisis, pero de una indudable importancia, a saber: los denominados *poderes fácticos* o grupos económicos preponderantes capaces de influenciar sustancialmente en la elaboración de las políticas gubernamentales así como -y especialmente- en la opinión pública.

Ahora bien, las razones que sustentan la elección de tales períodos históricos a examinar obedece a la coexistencia, dentro del territorio geopolítico nacional, de un ordenamiento jurídico estatal moderno, oficial, que concurre con una pluralidad de ordenamientos jurídicos locales, tradicionales, no oficiales, de raigambre comunitaria propios de los pueblos indígenas u originarios. Efectivamente, en Chile es inexcusable como evidente advertir la presencia, y más todavía la preexistencia, de una variedad de pueblos indígenas, aún cuando nuestra Carta Magna no las reconozca⁹¹. Esto determina en último término la configuración de

⁹¹ Hasta el día de hoy los pueblos originarios no han sido reconocidos en nuestra constitución política de la República. Sólo con rango legal el Estado ha reconocido como principales etnias

distintos ordenamientos jurídicos con instituciones particulares, esto es, con un sistema de regulación y control social propio de cada cultura y su respectivo cuerpo social. En efecto, mientras nuestro derecho de tradición franco germana se caracteriza por ser escrito, tener instituciones rígidamente reguladas encargadas de la aplicación de normas predeterminadas; por oposición el derecho indígena se caracteriza por su visión circular o universal, no fraccionada, en que los conflictos se resuelven través de la aplicación de normas que surgen de la costumbre y en que los actores tienen mayor intervención⁹². Luego, y en palabras de Boaventura de Sousa Santos,

la pluralidad jurídica infraestatal, lejos de ser un residuo de lo tiempos premodernos de los países que no han completado aún el proceso de “modernización”, es constitutiva del carácter desigual, dispar y excluyente de dicho proceso, y por esa razón esta destinada a ser reinventada recurrentemente y reproducida a medida que la “modernización” se desenvuelve⁹³.

Pues bien, en lo que atañe a la relación del Estado de Chile con los pueblos indígenas, en particular con el pueblo Mapuche, sostenemos que sendos períodos históricos representan los hitos de estructuración y reproducción de tal proceso.

De este modo es posible enmarcar la problemática indígena dentro de la nomenclatura de derecho internacional denominada *conflicto étnico*, entendiendo por tal,

la confrontación social y política prolongada entre contendientes que se definen a si mismos y a los demás en términos étnicos; es decir, cuando algunos criterios como la nacionalidad, la religión, la raza, el idioma y otra formas de identidad cultural se utilizan para distinguir a los contrincantes⁹⁴.

En el caso mapuche no es difícil advertir en su discurso la reivindicación de su particularidad sociocultural respecto al resto de la sociedad chilena, principalmente a partir del retorno a la democracia, de modo tal que junto con históricas exigencias económicas (tierras agrícolas, subsidios, capacitación, becas de estudio, etc.) se erigen pretensiones de tipo político-cultural (reconocimiento

indígenas, las siguientes: Mapuche, Aymará, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.

⁹² LILLO, Rodrigo. **Pluralismo Jurídico En Chile. Formulando Un Marco Teórico Para Una Investigación Empírica**, en Resolución de Conflictos en el Derecho Mapuche. Un Estudio desde la Perspectiva del Pluralismo Jurídico. Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, Editorial Kolping, Temuco 2003, p. 86.

⁹³ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. La **globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1998. p. 149.

⁹⁴ STEVENHAGEN, Rodolfo. **Conflictos étnicos y Estado Nación**. Siglo XXI Editores. México. 2000. p. 355,356.

constitucional, autonomía política y territorial), las cuales entroncan directamente con el desarrollo que ha tenido lugar en el derecho internacional de los derechos humanos de los derechos indígenas, otorgándole altos grados de legitimidad y que implica, a su vez, un profundo cuestionamiento a la construcción cultural que representa la nacionalidad chilena y su carácter unitario.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que tales conflictos se originen de manera natural debido a la existencia de personas diferenciadas étnicamente, sino por los significados especiales que se atribuyen a esas diferencias que las hacen parecer irreductibles e incompatibles. Justamente el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas - Sr. Rodolfo Stavenhagen - concluye, luego de un análisis comparativo en diversos conflictos étnicos alrededor del mundo, que muchos de estos surgen de las políticas étnicas de los estados debido a las contradicciones entre los intereses del Estado y los derechos colectivos de los pueblos indígenas⁹⁵.

Revisemos pues, el desarrollo de cada uno de tales fragmentos de nuestra historia y la disímil significación que cada pueblo – chileno y mapuche – le adjudica.

1. La ocupación Militar de la Araucanía.

Durante el siglo XIX, la economía chilena fue una proyección de la economía colonial basada en la exportación de materias primas, que permitirá la consolidación en el poder de las oligarquías liberales. Dicho modelo fue denominado de *crecimiento hacia fuera*, y logró posicionarse como un modelo exitoso. Como lógica consecuencia, Chile se encontraba absolutamente sujeto y desprotegido ante los avatares del comercio internacional. La Revolución industrial abrió las fronteras agrícolas hacia la primera mitad del siglo XIX. Todo el mundo debió acudir con alimentos a apoyar el auge del capitalismo europeo. En Estados Unidos se inició la marcha hacia el oeste, en Canadá se coloniza un territorio hasta ese entonces inexplorado, Francia busca ocupar Argelia y el norte de África instalando colonos⁹⁶. La crisis del modelo surgirá entre los años 1857 y 1861, debido principalmente a la desaparición de los mercados de California y Australia, poniendo término a un proceso expansivo de la economía mundial. Al igual que en los demás países latinoamericanos, las elites nacionales resolvieron sus crisis mediante sendas guerras de expansión. De esta forma, Chile configura su territorio durante esta época y lo hace con una clara vocación expansionista: incorpora las provincias del norte y la Araucanía, así como Magallanes y la isla de Pascua⁹⁷.

⁹⁵ *ídem.*

⁹⁶ BENGUA, José. *Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*, 6ª edición corregida. LOM Ediciones, Santiago, 2000. p. 173.

⁹⁷ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. Volumen I, primera edición Cuaderno Bicentenario, Santiago, 2004, p. 392. Vale recordar que el territorio ocupado por los criollos al iniciarse nuestra vida republicana fueron los mismos que detentó la

A partir de la recesión económica comienza a gestarse una verdadera *ideología de ocupación*. Conforme con las corrientes evolucionistas que lideraban el pensamiento científico de la época y que fundamentarán el expansionismo y colonialismo europeo, a lo que se debe agregar la participación que les cupo a los *mapuche* tanto en la *Guerra a Muerte* (1819 – 1825) como en la insurrección federalista de 1859, determinó el decaimiento en el imaginario nacional de la figura del mapuche que cimentaba la lucha por la libertad contra el invasor peninsular. Surgió el estereotipo decimonónico de bárbaro, la imagen de seres salvajes, primitivos. Corresponderá, en este orden, a la civilización la superación por medio de la razón de este estado semihumano⁹⁸.

La ruta a la modernidad emprendida por la sociedad chilena que miraba hacia Europa entendió como un deber llevar el progreso y la civilización a los mapuche así como a su abundante territorio, generalizándose la idea que su *destino natural* debía ser su ocupación⁹⁹.

Dicha ideología fue prácticamente dirigida por el Mercurio de Valparaíso, el órgano más representativo de los intereses de los inversionistas chilenos¹⁰⁰. Los artículos de prensa se multiplicaban enjuiciando la situación de la Araucanía, difundiendo la imagen estereotipada del indio cruel y salvaje, abogando por su pronta ocupación:

*Los hombres no nacieron para vivir inútilmente y como los animales selváticos, sin provecho del género humano y una asociación de bárbaros, tan bárbaros como los pampas o como los araucanos, no es más que una horda de fieras que es urgente encadenar o destruir en el interés de la humanidad y en bien de la civilización...*¹⁰¹

“En efecto, siempre hemos mirado la conquista de Arauco como la solución del gran problema de la colonización y el progreso de Chile, y recordamos haber dicho con tal motivo que ni brazos ni población es lo

Capitanía General de Chile: entre Copiapó hacia el norte y Concepción al sur, más la existencia de pequeños asentamientos en Valdivia, Osorno y Punta Arenas.

⁹⁸ BENGÓA, José. **Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX**, 2000. p. 27. Para este autor, con quien concordamos, esta contradicción se reflejará en la construcción de la historia chilena. Los primeros tomos de las “Historias de Chile” se encuentran colmadas de héroes araucanos. De improviso todos los habitantes del sur de Chile desaparecen. La “pacificación de la Araucanía” no ocupa ni tres líneas en los textos escolares. La matanza de indios a manos del ejército chileno se enfrentaba al mito del origen de nuestra nacionalidad. La ideología fue simple y eficiente: negó la existencia del hecho. La ocupación se hizo sin costo de vidas humanas, el alcohol había degenerado a esa valiente raza y ya no era ni la sombra de lo que fue. Pasado glorioso y presente silenciado ha sido la característica constante del tratamiento de la cuestión indígena.

⁹⁹ REPUBLICA DE CHILE. **Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato**. Volumen I, primera edición Cuaderno Bicentenario, Santiago, 2004, p. 385.

¹⁰⁰ PINTO, Jorge. **Crisis Económica y Expansión Territorial: La Ocupación de la Araucanía en la segunda mitad del siglo XIX**, Estudios Sociales, N° 72. Santiago. 1992. p. 103.

¹⁰¹ Citado en PINTO, Jorge. **De la inclusión a la exclusión. La formación del estado, la nación y el pueblo mapuche**. Colección idea, Santiago, 2000, p. 132.

*que el país necesita para su engrandecimiento industrial y político, sino territorio; y esta es sin duda una de las fases más importantes de esta gran cuestión nacional.*¹⁰²

La construcción de una imagen del mapuche en decadencia, degradada por el alcohol, lejos del heroico Araucano permitió que la sociedad chilena mantuviera su conciencia tranquila frente a la guerra de La Frontera esquematizando una justificación moral y material que sustentó la posterior ocupación. La calificación de héroes pertenece ahora a los soldados que exterminan a los antiguos héroes.

Así las cosas, el territorio *mapuche* fue invadido militarmente por un ejército moderno y profesional, vencedor en Chorrillos y Miraflores en Perú, frente a *mapuche* armados con lanzas, caballos y boleadoras, lo que sin embargo no amilanó el ímpetu *mapuche* en la defensa de su *mapu*, llevándose a cabo el *fūta malon* (gran levantamiento) () el año 1881. La guerra costó la vida de cientos de miles de indígenas y la pérdida de sus territorios y propiedades. La fundación de Villarrica el año 1883 – sobre las antiguas ruinas olvidadas tras la victoria de Curalaba en 1598 frente al ejército español- terminó con cuatro siglos de resistencia mapuche y vida independiente, lo que “*sin duda representa una página extraordinaria en la historia de los pueblos*”¹⁰³

2. El colonialismo republicano.

La ocupación militar del territorio aborígen fue un proceso simultáneo y coordinado a ambos lados de la cordillera que se prolongó por tres décadas, y donde finalmente el *Wallmapu* fue invadido, fraccionado e incorporado por las armas a la soberanía de los Estados chileno y argentino¹⁰⁴. Se inicia así el periodo de mayor conflicto, contradicción y destrucción en las relaciones entre el Estado y los pueblos Indígenas. Todos los pueblos indígenas de Chile sufren en ese periodo la invisibilidad social y la acción destructiva del Estado chileno¹⁰⁵.

¹⁰² Citado en BENGÓA, José. **Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX**, 2000. p. 181.

¹⁰³ BENGÓA, José. **Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX**, 2000. p. 326.

¹⁰⁴ Mientras en el lado chileno, la ocupación militar fue denominada como “Pacificación de la Araucanía”, en territorio Argentino la campaña militar recibió el nombre de “Conquista del Desierto”. Para una revisión simultánea de ambos procesos véase HERNÁNDEZ, Isabel. **Autonomía o Ciudadanía Incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina**. Proyecto Regional de Bialfabetización sobre temas de Población, CEPAL – CELADE, Santiago, 2003.

¹⁰⁵ Los nueve pueblos indígenas comprendidos actualmente en territorio chileno se sitúan en regiones que fueron incorporados militarmente: el norte Andino (1879) como botín de la guerra del Pacífico, el centro-sur mapuche (1881) por la ocupación militar, los canales australes (1881) después de los tratados de límites con Argentina, y la Isla de Pascua (1888) con la toma de posesión por parte de la Armada. TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. **Pueblo Mapuche. Derechos colectivos y territorio: desafíos para la sustentabilidad democrática**. Editorial LOM, Santiago, 2006, p. 27.

Cabe aquí tener presente que el Estado nacional es un producto de un determinado, único e irreplicable proceso histórico que se fraguó fuera de nuestro continente y que impuso sus condiciones desde fuera del desarrollo político y social de América Latina. Será, precisamente, la concepción e instauración del Estado Republicano lo que hace necesario crear una nación por cada país que se va formando y que pretendía homogenizar a todos sus miembros bajo el lema de la igualdad, fraternidad y libertad¹⁰⁶. Esta producción nacional se debió a una necesidad estatal dirigida a sentar las bases de su legitimidad, por lo cual el nacionalismo que surgió tras la independencia de Chile no consideró la realidad del territorio sobre el cual se asentó. En efecto, el Estado-Nación latinoamericano es un acto de creación política *artificial* que se impone a una realidad social preexistente de manera brutal, ya que no surge como producto de una realidad cultural, étnica, lingüística, territorial específica que justificase su creación¹⁰⁷. De ello resulta la instauración de una frontera arbitraria para el pueblo mapuche, obteniendo sus miembros diversas ciudadanía - chilena o argentina - según su asentamiento, pasando además a formar parte de distintas naciones a pesar de la uniformidad y coherencia de su cultura a ambos lados de la cordillera de los Andes.

La importación de una lógica de Estado descontextualizada de la realidad sociopolítica, evidentemente imprimió una cierta debilidad a la conformación del Estado chileno, por lo cual se hizo necesario recurrir a formas que van más allá de la mera legitimación de la sociedad civil para sustentar al Estado. Esto implicó un desconocimiento de la sociedad civil por parte del Estado (al no ser ésta la fuente de su legitimación) y un ejercicio de la soberanía estatal mediante el uso de la fuerza.¹⁰⁸

Lo anterior se torna evidente en la frontera. No deja de ser sintomática la creación del Cuerpo de Policía Rural en diciembre del año 1881, el mismo año del último alzamiento indígena en Temuco, para la mantención del orden en tales zonas y “*combatir los delitos de los bandidos en los campos*”¹⁰⁹ las que estarían a cargo de un gobernador y de una junta departamental conformada por los dos mayores contribuyentes de cada departamento, esto es, por los principales latifundistas del sector.

¹⁰⁶ No por casualidad Bernardo O'Higgins ya en 1819, sesenta y dos años antes de un real ejercicio de soberanía en la Araucanía, dictaba un bando supremo por el cual: “...*los indios que vivían sin participar de los beneficios de la sociedad y morían cubiertos de oprobio y miseria, para lo sucesivo deberán seré llamados chilenos y libres como los demás habitantes del Estado, con quienes tendrán igual voz y representación, concurriendo por si mismos a celebrar toda clase de contratos...*”. Bando Supremo de 4 de Marzo de 1819, Archivos de la Nación. Citado por HERNANDEZ, Isabel. ***Autonomía o Ciudadanía Incompleta...***,2003. p. 94, 95.

¹⁰⁷ VAN BEBBER, Rodrigo. ***Estado-Nación y “conflicto mapuche”: aproximación al discurso de los partidos políticos chilenos.*** En Crisis y Conflicto En El Capitalismo Latinoamericano. pp. 333-334.

¹⁰⁸ Ver SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio ***Historia contemporánea de Chile. Tomo I. Estado, legitimidad, ciudadanía.*** Editorial LOM, Santiago, 1999.

¹⁰⁹ Historia De la Institución disponible en www.carabineros.cl

Destacará por aquellos años la controvertida figura de Pedro Hernán Trizano¹¹⁰: mercenario de ascendencia Italiana que luego de una fugaz estadía en la Armada Italiana sirvió en un buque de guerra turco para más tarde recorrer Grecia y parte de Asia. Arribó a Sudamérica y combatió en las guerras de independencia de Paraguay, Uruguay y Argentina, para finalmente engrosar las filas del ejército chileno en la guerra del Pacífico y luego en la ocupación militar del territorio mapuche. Dada su destacada participación en la Policía Rural contra el bandolerismo en la Frontera, le es encomendada, en 1896, la organización del “*Cuerpo de Gendarmes de las Colonias*” con motivo de la intensificación de las actividades de los colonos en las provincias de Arauco, Malleco, Cautín, Valdivia y Llanquihue, lo cual determinó evaluar a las autoridades gubernamentales la intensificación de su resguardo, ante eventuales brotes de delincuencia. La entidad fue conformada mayoritariamente por agricultores y ex militares (ex oficiales y suboficiales), subordinada al Ministerio de Relaciones Exteriores –esto por la gran cantidad de inmigrantes europeos que colonizaban la zona y exigían su debida protección del gobierno- y que sería recordado más tarde simplemente como “*Los Trizanos*”. Huelga recordar que no fue sino hasta el año 1927, cuando el coronel de Ejército Carlos Ibáñez del Campo crea los Carabineros de Chile uniendo a los llamados policías fiscales y el cuerpo de Carabineros (sucesor directo del Cuerpo de Gendarmes de las Colonias), dotando finalmente a las entidades de seguridad y orden de una institucionalidad formal. Dato no menor para entender la brutalidad y arbitrariedad de que fueron objeto los integrantes del pueblo mapuche postreduccional por parte de los nuevos habitantes de la Araucanía. José Bengoa recoge numerosos relatos de muerte que fueron la regla en los campos del Sur de Chile. De este modo nos ilustra un caso recurrente:

un conflicto por deslindes de tierra se transforma en litigio y pelea; el latifundista o colono da aviso a los “trizanos” o guardias rurales, acusando al indígena de bandido, ladrón de ganado (cuatrero) o

¹¹⁰ Para la historia tradicional, defendida principalmente por Carabineros de Chile y por los grandes propietarios agrícolas y forestales chilenos o extranjeros, su persona es recordada y aún exaltada con pomposas locuciones a la figura de héroe y pionero del orden y la seguridad. Así por ejemplo cfr. Lara Carmona, Jorge. **Trizano, el Buffalo Bill chileno**, Talleres Gráficos “La Nación”, Santiago de Chile, 1936. Existen, por otro lado, quienes discrepan de tales versiones por considerarlo un hombre despótico y autoritario que no tuvo límites para sus actos. Así para los miembros de la etnia mapuche su figura es sinónimo de ajusticiamientos y ejecuciones sin proceso siendo rememorado como uno de los personajes históricos más sanguinarios que participaron en la ocupación de la Araucanía, un verdadero sheriff de La Frontera bajo cuya Winchester de repetición caían fulminados decenas de buscavidas, aventureros, bandidos, cuatros, traficantes, borrachos y, principalmente, lonkos mapuches prófugos de la justicia militar de aquellos tiempos. FUENTE: “Hernán Trizano, pacificador de la frontera mapuche.” Por Pedro Cayuqueo. Disponible en la red: www.nodo50.org/kolektivoliientur. No es casual que los colonos de ultraderecha chilena, fuertemente discriminadores de mapuche, hayan utilizado su nombre para bautizar las brigadas armadas o “patrullas de autodefensa” durante la primera mitad de la década de 1970 y que estos mismos grupos civiles armados reaparezcan a comienzos del 2000 para “mantener el orden público” en contra de las movilizaciones mapuche. HERNANDEZ, Isabel. **Autonomía o Ciudadanía Incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina**. 2003. p. 131.

*simplemente criminal. El mapuche, si se defiende, es muerto o herido, y si es dócil, va a parar a la cárcel*¹¹¹.

El propio Hernán Trizano explica en una de sus cartas: *“La policía esta muy mal preparada... es decir, son audaces para con los iguales y los débiles, pero serviles para con los poderosos”*¹¹²

Así las cosas, no es complicado advertir que el arribo del Estado-nación en el *wallmapu* representa un episodio traumático en la historia del pueblo mapuche. Consumada la campaña militar, se inicia en 1883 la radicación de los indígenas mediante el otorgamiento de títulos de merced lo que significó para los sobrevivientes dejar de ser dueños de grandes extensiones de territorio que ancestralmente les pertenecían (estimado en diez millones de hectáreas), para ser confinados en una parte ínfima de éste (alrededor de 500 mil hectáreas)¹¹³. El proceso excesivamente lento e ineficiente solo finalizó el año 1930, con la supresión de la comisión Radicadora por la ley 4.802, el que fue acompañado de todo tipo de abusos por parte de particulares o por el propio Estado, cuando a través de remates, no respetaba los deslindes establecidos por los títulos de Merced¹¹⁴. Gran parte de estas tierras fueron usurpadas mediante corridas de cercos, engaños y manipulaciones legales sobre antiguas mercedes y contratos, así como la adquisición de grandes extensiones de terrenos mediante actos fraudulentos, que redundaron finalmente en la constitución de grandes latifundios en el sur de Chile, prolongando la situación de la zona central¹¹⁵.

El Estado chileno confinó a los indígenas en cerca de 3.000 reducciones expropiando un 95% de sus territorios, de modo tal que *“debieron cambiar costumbres, hábitos productivos, sistemas alimentarios; en fin, todo su mundo cultural se transformó en una sociedad agrícola de pequeños campesinos pobres”*¹¹⁶. Por cierto que el carácter imperativo, subyugante con la que se impuso

¹¹¹ BENGOA, J. *Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*, 2000. p. 376, 377.

¹¹² Carta de Hernán Trizano a Enrique Thomas, jefe de la Sección Colonización de Temuco, Temuco, 8 de Enero de 1905. Correspondencia de H. Trizano en Archivo del Museo Regional de la Araucanía, Temuco. Citado por HERNANDEZ, Isabel. *Autonomía o Ciudadanía Incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina*. 2003. p. 131.

¹¹³ COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS. *Los Pueblos indígenas en la Legislación Nacional e Internacional y en el Derecho Comparado*. Documento de trabajo del Proyecto Constitucional de Pueblos Indígenas, Santiago, 1988, pp.2; MELLA, Eduardo, *Los Mapuche ante la Justicia*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2007, p. 42ss

¹¹⁴ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, pp. 393 y ss.

¹¹⁵ El proceso de concentración de tierras fue muy rápido. Ya en los planos de 1910 y 1930 se percibe la formación de latifundios con un promedio superior a 1.000 hectáreas. Verbigracia, Luís Cousiño, propietario de las minas de carbón de Lota formó el fundo Quino con 3.600 has., José Bunster, principal financista del ejercito de ocupación chileno y dueño del Mercurio de Valparaíso, poseía hacia 1900 cerca de 20.000 has. en lo que hoy son los fundos Maria Ester, San José, Quilapán, El Castillo, entre otros. Datos del folleto: “Primer centenario de Traiguén. 1879 – 1979”. Imprenta El Colono. 1979. Citado por BENGOA, J. *Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*, 2000. p. 350.

¹¹⁶ Ídem. p. 330.

tal transformación político-económica-social trajo consigo un método, una tecnología de formación y corrección de los individuos absolutamente nueva.

Recuérdese que finaliza el siglo XIX; nos encaminamos a un siglo de vida Republicana independiente de la dominación española y la consecuente adscripción irrestricta a los principios de la Ilustración elaborados durante el siglo XVIII. Atrás quedan los suplicios, torturas y desmembramientos como formas de castigo. De allí, y de acuerdo con FOUCAULT, es posible reconocer en la ostensible humanización de las penas un cambio profundo en las relaciones de poder así como las formas en las que éste se plasma, se visualiza. En efecto, el poder monárquico busca, a falta de una vigilancia ininterrumpida, su exaltación y renovación a través de sus manifestaciones físicas, singulares, que le permiten recobrar ritualmente un nuevo vigor¹¹⁷. A modo de ejemplo, en 1781 (es decir, 30 años antes del comienzo del proceso independentista latinoamericano) el Inca Tupac Amaru, celebre líder indígena que osó desafiar y poner en jaque el dominio español en América, era condenado a morir descuartizado por cuatro caballos, repartidos sus miembros por todo el reino como escarmiento, para luego ser quemado en una hoguera y lanzadas sus cenizas al aire¹¹⁸.

Por el contrario, a partir de la construcción de los Estados Latinoamericanos, las elites criollas hacen suyas las elaboraciones doctrinales propias del naciente paradigma ideológico que logra consolidarse con la Revolución Francesa. Así, nuestro actual Código Penal, promulgado el año 1874, apunta en su mensaje: *“La enumeración de las penas hace desaparecer para siempre de la ley esos castigos bárbaros e indignos de figurar en la legislación de un país civilizado que formaban, no obstante, parte de la nuestra...”*¹¹⁹. Ahora bien, la razón de que la ley deba tratar desde ahora *humanamente* a aquel que quebrante el orden jurídico no estaría en la humanidad profunda que se esconde dentro del criminal, - explica FOUCAULT - sino en la regulación necesaria de los efectos del poder. *“Para ser útil, el castigo debe tener como objetivo las consecuencias del delito, entendida como la serie de desordenes que es capaz de incitar”*. Se trata de una racionalidad de tipo económica costo-beneficio que le confiere al poder de castigar una eficiencia y sofisticación inédita, una mecánica de signos y representaciones en virtud de la cual se hace generalizable a través del todo el cuerpo social, susceptible de cifrar todos los comportamientos, y por tanto de reducir todo el campo difuso de los ilegalismos: hay que castigar exactamente lo bastante para impedir.¹²⁰

No obstante lo anterior, los conceptos de reparación y prevención del daño social que representa el acto criminal en tanto ruptura del pacto social cede rápidamente

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. ***Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión***. Siglo XXI Editores Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina. 2006. p.62.

¹¹⁸ LEWIN, Boleslao. ***La rebelión de Tupac Amaru y los orígenes de la emancipación Latinoamericana***. Librería Hachette S.A., Buenos Aires, Argentina. 1957. pp. 495,496.

¹¹⁹ Mensaje del Gobierno al Congreso Nacional sobre el Código Penal. Código Penal. Republica de Chile. 17º Edición oficial. Editorial Jurídica de Chile. 2001. p. 15.

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. ***Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión***. 2006. pp. 93 y ss.

ante la noción de peligrosidad, lo cual equivale a establecer que el individuo debe ser considerado por la sociedad al nivel de sus virtualidades y no ya de sus actos¹²¹. Es precisamente en este punto donde el poder judicial se ve sobrepasado por una penalidad que busca impedir y sancionar potencialidades. He aquí el nacimiento de una serie de instituciones al margen de la justicia que tendrán por objeto la vigilancia, control y corrección de los individuos. Red de instituciones que mediante el control y corrección de virtualidades irán elaborando formas de dominación desconocidas en tiempos pretéritos: prisiones, hospitales, escuelas, fábricas. Lo estatal y paraestatal se confunde y entrecruza en estas nuevas estructuras que se arrojan la responsabilidad de observar, de controlar gran parte - sino toda - la dimensión temporal de los individuos con el objeto de ligarlos a un aparato de producción a partir de la formación y corrección de los productores¹²². En otros términos, vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre aquellos un poder-saber que los explora, los desarticula y lo recompone: ortopedia social que busca apropiarse de la mayor cantidad de tiempo vital de cada uno de los elementos productores en busca de su máximo rendimiento, haciendo del cuerpo de los hombres fuerza de trabajo comerciable. La emergencia de tal institucionalidad refleja el surgimiento de un tipo de sociedad denominado por el autor recién citado como disciplinaria en oposición a las sociedades estrictamente penales. La edad del control social.

Ahora bien, y tal como se estableciera, la calidad postrera, rezagada, prorrogada del proceso de modernidad aquí tratada no condiciona en modo alguno su carácter excluyente. Más aún, la exacerba a tal punto que hace ostensible diversas manifestaciones de segregación y discriminación de que es objeto el mapuche. Manifestaciones que por cierto marcan el inicio, la gestación de los actuales conflictos.

Veamos. La prisión –institución disciplinaria por antonomasia y que sólo hace su aparición en nuestro país a partir del año 1847– era totalmente desconocida para el indígena tal y como fue recogido por el testimonio presencial de don Tomás GUEVARA durante los primeros años de radicación:

La prisión es para el mapuche de ahora un verdadero suplicio i la evita con riesgo de su vida i de sus intereses huyendo a lugares distantes o a la república Argentina, aunque sea en pleno invierno. El amor del indio a la libertad i la alteración de sus hábitos i sistema alimenticio, le causas una nostalgia que desequilibria su ser en la reclusión. Por eso, cuando un individuo cae en poder de la autoridad judicial, los parientes venden hasta el último animal para costear los gastos de la defensa i obtener su pronta libertad¹²³.

¹²¹ FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. pp. 22 y ss.

¹²² Ídem. pp.30 y ss.

¹²³ GUEVARA, Tomas. **Las Ultimas Familias i Costumbres Araucanas**. Imprenta “Barcelona”. Santiago de Chile. 1913. Tomo VII. pp. 206,207.

Sin embargo, la experiencia carcelaria es recurrente entre los hombres mapuche y, así como lo relatamos más arriba, fueron muy pocos los que no la tuvieron. La razón es clara. Dada la función correctiva y normalizadora que detenta la prisión, nada más *lógico* que el encarcelamiento del salvaje, la corrección de aquel que no demuestra ni el menor atisbo de *normalidad*, de civilización. En este sentido, el indio no responde a exigencia alguna de seguridad. Su grado de peligrosidad en cuanto la incertidumbre de sus actos o potenciales acciones lo encuadra cabalmente en los objetivos perseguidos por la institución penitenciaria. Peor aún, sea por el rezago de la modernidad en esta zona, sea por la condición premoderna, incivilizada que se le atribuía al mapuche (o bien una conjunción de ambas) lo cierto es que los suplicios no eran precisamente un recuerdo en la frontera. Así, BENGOA relata que

*la marcación de indios fue una práctica habitual y utilizada. En la Región de Arauco hemos recogido varios testimonios directos de parientes a los cuales les cortaron un trozo de oreja, al estilo de la marca de animales.*¹²⁴

Como se observa, la realidad que describimos torna patente la necesidad estructural de la modernidad de excluir, de negar lo diverso para lograr – solamente de este modo – su configuración y desarrollo expansivo más allá del Bio - Bio. Se trata de una dislocación en la configuración de una sociedad disciplinaria que redundando en el desfase del progreso que arriba si, y sólo si, el indígena se ha despojado de sus costumbres ancestrales y ha adoptado las nuevas formas de vida, esto es, ha aceptado y reconocido como válidos (al menos en apariencia) los valores del *wingka* (extranjero, hombre blanco, usurpador).

Indudable trascendencia adquiere en esta etapa la institución de la escuela y, muy especialmente, la evangelización del araucano: dos aspectos irreductibles en el paradigma civilizador desde el tiempo de la conquista¹²⁵. En efecto, la educación

¹²⁴ BENGOA, J. *Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*, 2000. pp. 376- 377. Luego continúa: “Pero el hecho que quizá conmovió más a la sociedad mapuche de comienzos de siglo, fue la marcación Painemal. Un descendiente de la familia Painemal, don Juan M. Painemal, fue secuestrado y vejado por unos agricultores en Nueva Imperial en 1913 y marcado a fuego, como marca de animal”. *Ídem*.

¹²⁵ Desde los primeros tiempos de la colonización europea los misioneros y evangelizadores religiosos tenían múltiples tareas en el control de los territorios y de las poblaciones sometidas. En primer lugar, diseminar el evangelio cristiano; segundo, legitimar la conquista ideológicamente; tercero, ayudar a mantener el orden en las nuevas sociedades coloniales; y cuarto, proteger cuando fuera necesario a los colonizados de los excesos del colonizador. STEVENHAGEN, Rodolfo. **Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas logros y reclamos**. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coord.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Bilbao, España. 2006. p. 22. En la actualidad es interesante reparar en el aumento exponencial de iglesias evangélicas protestantes en territorio mapuche, las que no dudan en calificar las ceremonias ancestrales mapuche de ritos paganos o lisa y llanamente de “brujerías” tales como el *ngillatun* o rogativas y el *machitun* o sanación de enfermos, lo que lamentablemente denota una alta dosis de intolerancia - y aún de racismo - hacia la cultura indígena, redundando en la aculturación de comunidades completas y, en consecuencia, la pérdida irrevocable de ritos esenciales para la subsistencia de una cultura. Como resultado de una

impartida al mapuche fue realizada exclusivamente por órdenes religiosas. Las misiones fueron el factor clave para la formación de las primeras generaciones de dirigentes mapuche¹²⁶. BENGGOA relata que en prueba de paz y como testimonio de la alianza con las autoridades chilenas fronterizas, antes de la ocupación militar, se acostumbraba que los caciques entregaran a un hijo para ser educado en Concepción, Chillan o Santiago. Se los mantenía como rehenes y se los educaba de modo que adoptaran las costumbres criollas, para que – se pensaba – al volver a su *rehue* “civilizaran” a sus hermanos de raza¹²⁷.

No obstante lo anterior, la enorme actividad misionera tuvo escasos resultados. Los mapuche, en su gran mayoría, siguen practicando sus ritos y costumbres. La actividad misionera acabó por conformar una especie de sincretismo religioso similar al que es posible observar con los indígenas del norte de nuestro país (v.gr. la fiesta de la Tirana o el carnaval de Oruro en Bolivia), en donde el *Ngenechen* mapuche se fusiona y entremezcla con el *Chau-Dios* (padre Dios) de los cristianos.

La explicación a este fenómeno –siguiendo a BRUNNER– se encuentra en los bajos niveles de elaboración comunicativa que ostentan las disciplinas en tanto metas culturales y, por lo tanto, ininteligibles racionalmente lo que desemboca en que estas no sean, en estricto sentido, internalizadas por el individuo. Trabajan sobre el cuerpo, externamente, para obtener una funcionalización de las conductas lo que sin embargo no alcanza para generar motivos suficientes de obediencia¹²⁸, de legitimidad; por lo mismo la necesidad de un aparato represivo importante que torne viable la generación de una normatividad externa simple, pero rígida y poderosa en el control constante de los comportamientos. Situación bastante conocida en el sur de Chile, tanto para mapuches como para no mapuches.

En la medida que la normalización de los comportamientos aparece impuesto desde el exterior no consigue cubrir los aspectos y momentos de la vida cotidiana, configurando un caso típico de anomia, corolario de la carencia de objetivos culturales internalizados unido al abandono transitorio de las prácticas

“descalificación permanente de sus pautas de conductas, de sus creencias...el discriminado termina reconociéndose y autodefiniéndose como tal. Llega a aceptar los términos de la degradación, asume con naturalidad los adjetivos descalificadores que tradicionalmente le ha atribuido y se desvaloriza a si mismo...Reacciona negativamente contra su propia adscripción etnocultural, la niega y la desvaloriza aún más.” HERNANDEZ, Isabel. **Autonomía o Ciudadanía Incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina**. 2003. p. 190, 191. Cabe recordar que tales doctrinas religiosas nacieron fruto de la Reforma Protestante iniciada en la primera mitad del siglo XVI y que alcanzan una rápida recepción en todas aquellas potencias que encabezarán la Revolución Industrial a partir del siglo XVIII: Inglaterra, Francia, Alemania, Holanda, Dinamarca, Estados Unidos.

¹²⁶ BENGGOA, J. *Historia de un conflicto. El estado y los mapuches en el siglo XX*. Editorial Planeta. 2ª edición. Santiago Chile. 2002. p. 103.

¹²⁷ BENGGOA, J. *Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*, 2000. p. 78.

¹²⁸ BRUNNER, José Joaquín. *La cultura autoritaria en Chile*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Ed. Granizo Ltda., Santiago, Chile. 1981. p. 38.

disciplinarias que conforman el sostén de su comportamiento. El individuo entonces deviene en un privatismo exagerado al interior de la esfera familiar, vecinal; en la especie, en el interior de la comunidad reduccional. De esta forma, el individuo entra en conflagración con el orden social disciplinario pues tiende a mantener las pautas tradicionales de comportamiento y reproducirlas en su descendencia, dificultando las nuevas relaciones sociales que se busca imponer¹²⁹.

De perogrullo resulta afirmar que este conservadurismo social sólo fue posible al interior de las reducciones indígenas. Tampoco resulta complicado advertir la desestructuración sociopolítica ancestral del pueblo mapuche que importó la reducción, supeditando su sedentarismo y configurando una disposición geográfica-espacial funcional al modelo económico predominante. Tal es el origen del actual *archipiélago* de reducciones presente en sur de Chile¹³⁰. Sin duda alguna, es este punto el más significativo de la radicación. La dispersión de la sociedad mapuche en tres mil comunidades con escasos contactos y enormes dificultades de centralización y unificación como pueblo organizado viene a ratificar la tesis de una modernidad excluyente. Se trata, en todo caso, de una distribución espacial que no encaja en una distribución propiamente disciplinaria. No se identifica una concepción panóptica, de vigilancia permanente del mapuche. Más bien observamos un cierto grado de indiferencia de la sociedad dominante por la suerte de los miembros de esta etnia al tomar conciencia del error de creer deshabitada las tierras Australes. De allí la configuración arbitraria de espacios reduccionales donde, por lo general, se les otorgó las tierras más apartadas y de más baja calidad agrícola, relegando su pervivencia a los márgenes del progreso. De este modo, mientras el cuerpo del indígena es el objeto de las disciplinas, las comunidades reduccionales serñan el objeto de los dispositivos biopolíticos.

Luego, la integración de los indígenas a la sociedad moderna se consume en los procesos migratorios; única vía para la supervivencia de los hombres, indígenas o no indígenas. Mediante la oposición artificial entre *ruralidad-tradicionalidad* y *urbanidad-modernidad*, se configura, toma forma, consistencia el paradigma del integracionismo o el “*buen encauzamiento*” del indígena en el sistema económico capitalista. Así, el establecimiento del mapuche en la ciudad importaba su pérdida de identidad o aculturación y la consiguiente integración a una identidad de clase popular y subordinada¹³¹, lo que nos remite a un último indicador: la institución de la fábrica.

En efecto, la fábrica – institución disciplinaria que tiene por objeto ligar a los individuos a un aparato de producción – y en general, el trabajo asalariado y su correspondiente reglamentación, mantuvo cierta distancia de las comunidades

¹²⁹ Ídem. p. 39.

¹³⁰ Concepto acuñado por TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. *Pueblo Mapuche...*, 2006, p. 28.

¹³¹ ARAVENA, Andrea. *Los mapuches-wariaches; procesos migratorios contemporáneos e identidad mapuche urbana*. Revista América Indígena. Volumen LIX, número 4, 2003. pp. 162-188. Instituto Indigenista Interamericano. OEA. México D. F. 2004. p. 162, 163.

indígenas. Si bien es efectivo que en la década del noventa del siglo XIX participó mano de obra mapuche en la construcción del ferrocarril esta fue solo marginal. Lo cierto es que las pocas empresas que llegaron hasta las comunidades no tuvo en mente el progreso de la región y de sus habitantes, sino lisa y llanamente la extracción brutal de recursos.¹³²

Definitivamente la modernidad no incluyó a los mapuches y a sus comunidades. Ya desde comienzos de siglo XX se produjeron pequeñas migraciones a los centros urbanos que emergían en la Araucanía. No obstante ello, es en la década del 30 cuando esta se intensifica, registrándose ciertos ciclos migratorios en los años 50-60 y 80-90¹³³. Radiación, reducción, usurpación, destrucción social y pauperización determinaron el éxodo rural-urbano de grandes contingentes indígenas hacia los polos de desarrollo urbano para satisfacer la demanda de mano de obra barata.

Parece apropiado en esta instancia contraponer los dispositivos de poder presentes antes y después de la ocupación militar y el posterior arribo del Estado-Nación chileno al *Walmapu* o territorio mapuche independiente. Volviendo a FOUCAULT, en la sociedad feudal tal como en las sociedades amerindias o premodernas, el control de los individuos se realiza fundamentalmente a partir de la inserción local. La inscripción geográfica es un medio de ejercicio del poder por el hecho que pertenecer a determinado lugar. En tales sociedades el poder se ejerce sobre los hombres en la medida en que pertenecen a cierta tierra¹³⁴. Es el caso mapuche de las identidades territoriales *pewenches* o gente del pehuén (habitantes de la Cordillera de los Andes que viven principalmente de la recolección del piñón o fruto de la Araucaria); *lafquenches* o gente de la costa; *nagche* o gente del bajo o de los valles; *williches* o gente del sur; *puelches* o gente del este, del otro lado de la cordillera (Provincias argentinas de Neuquén, Río Negro); o los extinguidos *picunches* o gente del norte. Cada una de las cuales posee sus propias autoridades o *longkos*. Por el contrario, para la sociedad moderna le es indiferente o relativamente indiferente la pertenencia espacial de los individuos, sino simplemente en tanto tiene necesidad de que los hombres coloquen su tiempo a disposición de ella. Es preciso que el tiempo de los hombres se ajuste al aparato de producción, que este pueda utilizar el tiempo de vida, el tiempo de existencia de los hombres. Tal es el sentido y función del control que se ejerce. A ello se debe que encontremos el problema de las técnicas de explotación

¹³² BENGOA, J. *Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX*, 2000. p. 66, 67. A modo de ejemplo, la Sociedad Anónima del Budi, presidida durante años por Arturo Alessandri Rodríguez (hijo mayor del Presidente Arturo Alessandri Palma y hermano del Presidente Jorge Alessandri Rodríguez), se adjudicó un contrato en virtud del cual podía explotar la madera del lugar siempre y cuando introdujese familias de colonos. Durante casi 30 años funcionaron 47 aserraderos. La región concesionada estaba poblada de comunidades indígenas existiendo una superposición de propiedades. Por esa razón, ya en los años treinta el lago Budi estaba deforestado, y las comunidades sufrían la miseria absoluta como hasta el día de hoy. Similar situación se dio con la extracción del carbón en la provincia de Arauco en la Región del Bío Bío.

¹³³ ARAVENA, Andrea. *Los mapuches-wariaches; procesos migratorios contemporáneos e identidad mapuche urbana*. 2003. p. 168 y ss.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. p. 34.

máxima del tiempo en toda una serie de instituciones¹³⁵. Tal indiferencia hacia la adscripción territorial de los individuos no será obstáculo, sin embargo, para las graves manifestaciones de discriminación hacia el mapuche residentes en centros urbanos tanto en lo económico, reflejado en la disparidad de salarios, como en la segregación socio-étnica representada en la inserción de la gran mayoría de la población emigrante indígena en los barrios periféricos de las ciudades.

Recapitulando, las sociedades nacionales de Chile y Argentina - a través de sus primeros gobiernos criollos - hicieron explícita su voluntad política de integrar en *igualdad de condiciones* a pueblos étnica y culturalmente diferentes, equiparando jurídicamente naciones distintas demostrando una irrefutable prueba a favor de sus proclamados ideales de libertad, igualdad y ciudadanía universal heredados del pensamiento liberal europeo de fines del siglo XVIII¹³⁶. No obstante, esta igualdad legal no tardará en contraponerse a la desigualdad real que le subyace y que aflora brutalmente durante las matanzas exterminadoras de finales del siglo XIX, y que es ratificada durante el proceso de radicación. A la tanatopolítica que significó la "Pacificación" le siguió el proceso estrictamente biopolítico de la radicación al fomentar y asegurar determinada forma de sociedad en tanto se negaba y aislaba formas de vida diversa. En efecto, como ya se mencionó, los mapuche que poblaban cerca de 10 millones de hectáreas fueron reducidos a poco más de 500 mil; mientras que en ese mismo periodo el Estado chileno entregó más de 9 millones de hectáreas a colonos en lotes de 500 has. cada uno. A sólo un millar de colonos no indígenas, se les entregó casi la misma extensión de tierras que a casi 83.000 mapuche¹³⁷.

Lo cierto es que bajo el manto de la igualdad formal se escondía una contradicción insalvable que perdura hasta nuestros días, cuyo sustento ideológico es el de un liberalismo inconsecuente con sus propios fundamentos pues rompe con el principio de igualdad al no reconocer la igualdad entre las distintas culturas. El estado chileno, y la sociedad dominante en general, se jugaron abiertamente por una asimilación total y fulminante, acompañada por un manifiesto desprecio hacia lo diverso.

Basándose en un verdadero darwinismo social que postulaba la superioridad cultural del proyecto civilizador de la sociedad dominante se construye un Estado etnocéntrico, excluyente, discriminador y racista:

Históricamente, para todo pueblo dominador, el pueblo dominado fue "bárbaro y hereje", puesto que necesito desacreditarlo y degradarlo para justificar la imposición por la fuerza de su propio sistema de vida, y defender de esta manera sus intereses económicos. Así, mientras se

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ HERNANDEZ, Isabel. **Autonomía o Ciudadanía Incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina**. 2003. p. 132.

¹³⁷ Ídem. p. 134.

*comienza a discriminar porque se domina, luego se continúa dominando porque se discrimina*¹³⁸.

“Así culmina la vida y comienza el sobrevivir”. Un verdadero “colonialismo Republicano” tendrá cabida sobre el pueblo mapuche¹³⁹. Es decir, el territorio mapuche luego de ser sometido por las armas será explotado económicamente por colonos y la población indígena subyugada a una dependencia política hacia los gobiernos metropolitanos, quienes se arrogarán el derecho de decidir su destino. De este modo, una vez terminada la radicación, las legislaciones de corte liberal negarán el acceso a los regímenes comunitarios de propiedad, despojando a los mapuche de su tradicional organización productiva, ligándolos al latifundio en condiciones de semi-servidumbre. Nada más gráfico que nuestro Código Civil - promulgado el año 1857, pero que sólo tendrá vigencia real en la Araucanía con posterioridad a la ocupación – el cual considera a la comunidad como un estado transitorio hacia la propiedad individual. Así MEZA BARROS comenta que “*la comunidad es un estado pasivo que el legislador mira con desagrado porque entraba el progreso económico; por este motivo repudia los pactos tendientes a perpetuarla*”¹⁴⁰, por cuanto contraviene uno de los principios básicos del derecho privado occidental, cual es la *libre circulación de los bienes*. Tanto así que la acción de partición es una de las acciones que de modo excepcionalísimo son declaradas imprescriptibles por nuestro legislador¹⁴¹.

De ahí en más, el Estado promoverá la división de las tierras mapuches en hijuelas individuales en diversas leyes y decretos en 1927, 1930, 1931, 1961 y 1978.

3. La dictadura militar y el corporativismo soterrado.

Entre los años 1927 y 1973 los gobiernos chilenos suscribieron abiertamente a las proposiciones de un indigenismo paternalista, abogando por la asimilación de las poblaciones indígenas en las sociedades mayoritarias mediante un proceso equilibrado hacia la integración. Respecto al pueblo mapuche, se dictaron sucesivas legislaciones que tenían por objeto la división de las reducciones – que

¹³⁸ Ídem. p. 189,190.

¹³⁹ Se entiende por colonialismo “*Aquel sistema de relaciones internacionales basada en el dominio político y económico de unos pueblos sobre otros, caracterizado por la explotación económica y la dependencia política de la colonia con respecto a la metrópoli.*” **Nuevo Espasa Ilustrado**, Espasa Calpe S.A., 2005.

¹⁴⁰ MEZA BARROS, Ramón. **Manual de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I**. Novena Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. p. 137.

¹⁴¹ El artículo 1327. del Código Civil establece que “*El partidor no es obligado a aceptar este encargo contra su voluntad; pero si, nombrado en testamento, no acepta el encargo, se observará lo prevenido respecto del albacea en igual caso*”.. Junto con la acción para reclamar el estado civil de hijo o padres (art. 320) y la acción de demarcación y cerramiento por tratarse de una manifestación del derecho de dominio que posee el carácter de absoluto, exclusivo y perpetuo.

por aquellos años ya se había convertido en símbolo de resistencia de su cultura - entregando títulos individuales a cada comunero disminuyendo las restricciones legales a las ventas y enajenaciones de dichas propiedades. Todo ello en concordancia con las ideas imperantes a nivel internacional hacia los pueblos indígenas, reflejadas en el convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en países independientes aprobado en 1957.

No obstante lo anterior, durante este tiempo - con la excepción del periodo de vigencia de la Ley Indígena 17.729 - las leyes no respondieron a los deseos ni del gobierno (asimilación del indígena), ni del pueblo mapuche (recuperación de tierras y mejoramiento de su situación marginal), así como tampoco de los terratenientes (acceso a las tierras). Es decir, las políticas indígenas sufrieron un congelamiento¹⁴². En otros términos, el proceso de modernización experimentó un estancamiento ante el repliegue de los *mapuche* en sus reservaciones limitando los espacios de interacción entre ambas sociedades. La economía de subsistencia será propia de esta cultura de resistencia “que otorga a la sociedad mapuche postreduccional un equilibrio muy estable que impidió que procesos de desestructuración y desintegración violentos, se reproduzcan en su interior”¹⁴³

Dicho “congelamiento” sólo será alterado mediante la irrupción – nuevamente – de las fuerza armadas chilenas el año 1973 con el golpe de militar y la posterior dictadura del Gral. Pinochet, lo que se sostiene implica el segundo gran hito en la arremetida del Estado Nación en su marcha hacia la modernidad del territorio mapuche.

El golpe de Estado, entendido aquí como materialización singularísima de la *Razón de Estado*, determinará de modo definitivo el curso de nuestra historia contemporánea. La superación del Estado de compromiso a la que se encaminara el proyecto autoritario-capitalista en busca del reordenamiento de la sociedad implicará una serie de fenómenos que nos permitirán comprender en toda su magnitud la complejidad la problemática indígena. Por de pronto, diremos que los mecanismos de poder sobre los cuales se estructurará la dominación autoritaria responden a una experiencia disciplinaria en busca de producción de obediencia y conformismo carente de legitimidad democrática.

Siguiendo a BRUNNER¹⁴⁴, la experiencia disciplinaria que tuvo lugar en Chile se constituyó en torno a tres ejes centrales: la atomización del tejido social en busca de su apolitización; una regulación vertical de las relaciones sociales materializada en una ordenación jerárquica de la sociedad; y, finalmente, el acceso diferencial al mercado, el cual como mecanismo automático e impersonal distribuye cada una

¹⁴² PARMELEE, Elizabeth. **Decreto Ley 2568, sus efectos e implicancias**. Documento electrónico disponible en: <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/parm1.html>

¹⁴³ BENGOA, José. **Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX**, 2000. p. 368.

¹⁴⁴ BRUNNER, José Joaquín. **La cultura autoritaria en Chile**. 1981. pp. 32,33.

de las demandas individualmente consideradas conforme a su capacidad monetaria, reduciendo el horizonte en la satisfacción de necesidades en razón de la posición económico-social que a cada miembro le corresponde. En este sentido el mercado se transforma en la gran palanca ideológica del sistema, en tanto mecanismo *natural* a través del cual se legitima la desigualdad consustancial a un orden jerárquico.

Cabe aquí detenerse un instante con el objeto de cuestionar la verdadera naturaleza de la institucionalidad instaurada por el régimen militar. En efecto, si bien se pregonaba un sistema económico basado en el libre mercado, en virtud del cual los distintos agentes económicos concurren libremente en el intercambio de productos incentivando de esta forma la competencia entre ellos, lo que finalmente redundaba en la determinación óptima de los precios según el libre juego de oferta y demanda; lo cierto es que el modelo adoptado se aproxima, cierta y peligrosamente, al **corporativismo**¹⁴⁵.

Ideología, esta última, de raigambre eminentemente autoritaria en lo político tanto como monopólica en lo económico, basada en la composición orgánica de la sociedad en la cual gremios profesionales y corporaciones ocupan un lugar preponderante en la conducción del país, en desmedro de una mayor democratización del sistema político y en resguardo de la hegemonía de las clases dominantes. Doctrina que, como veremos, serán barajadas desde un comienzo por la intelectualidad autoritaria-capitalista que gobernará durante el régimen de facto.

En esta línea argumentativa, la corporación es concebida como grupo o comunidad natural intermedia entre el Estado y el individuo representada por la profesión orgánicamente constituida, entendiéndose por tal aquella actividad u oficio que cumple una determinada función social. Función social que empero y con un carácter manifiesto en el caso chileno, coincide de llamativamente con actividades económico-productivas, de modo tal que en la práctica la corporación se constituye como una asociación gremial empresarial en concordancia con los diversos rubros productivos: agricultura, industria fabril, comercio, industria de transportes y comunicaciones, construcción¹⁴⁶. Luego, cuando los productores de una misma actividad económica corporada toman conciencia de la solidaridad de sus intereses renuncian al enfrentamiento competitivo. La libre competencia cede paso al monopolio del gran capital prescindiendo y, todavía más, rechazando todo

¹⁴⁵ "...Sistema de representación de intereses en el cual las unidades constituyentes (es decir, los sectores sociales y económicos) son organizadas en un número limitado de categorías singulares, obligatorias, no competitivas, ordenadas jerárquicamente y diferenciadas funcionalmente, reconocidas o autorizadas (sino creadas) por el Estado, a las que se concede un monopolio deliberado de representación dentro de sus categorías respectivas a cambio de observar determinados controles...". MITTER, Phillip. Citado por SHPAYNE, Stanley. **El Fascismo**. Ediciones Altaza S.A., Barcelona, España. 1996. p. 32.

¹⁴⁶ CATALAN, Gonzalo. Notas sobre proyectos autoritarios corporativos en Chile: la revista Estudios, 1933 – 1938. En BRUNER, José, CATALAN, Gonzalo. Cinco Estudios sobre cultura y Sociedad. COMPLETAR p. 246, 247.

elemento que ponga en cuestión la preeminencia de sus intereses. La corporación es, en consecuencia, la respuesta a la “iniciativa privada” que avizora en el Estado interventor constituido sobre bases democráticas el surgimiento de propuestas participativas de desarrollo, lo que es entendido como un elemento sustancialmente constreñidor de sus expectativas de control directo de la economía¹⁴⁷. Frente a tal esquema el principio del Estado subsidiario surge con toda su fuerza en contraposición al Estado de compromiso ya descrito.

De este modo y bajo el epígrafe “*Una Nueva y Moderna Institucionalidad: tarea para el actual gobierno*” la Junta militar de gobierno en su Declaración de principios fechada en marzo de 1974, dispondrá:

Para perfeccionar y desarrollar un legítimo poder social es necesario:

- Asegurar la independencia y despolitización de todas las sociedades intermedias entre el hombre y el Estado.

Particular importancia dentro de éstas tienen las agrupaciones gremiales, sean ellas laborales, empresariales, profesionales o estudiantiles. Así como el principio de subsidiariedad ya enunciado exige que dichas entidades se desenvuelvan con autonomía dentro de sus fines específicos, sin que el Estado absorba su control, tampoco puede admitirse que sus objetivos sean distorsionados por una instrumentalización partidista de ellos o de sus directivas. Quedará, por tanto, expresamente prohibida toda intervención partidista, directa o indirecta, en la generación y actividad de las directivas gremiales, cualquiera que sea su naturaleza. Resulta vital comprender que la mencionada despolitización es el único camino posible para que los gremios y demás organizaciones intermedias sean auténticos vehículos de participación social (...) Asimismo es menester dar paso en Chile a un nuevo sentido del gremio. Como entidad llamada a agrupar a personas ligadas por actividades e intereses comunes, el gremio ha tenido y tiene en la defensa de sus agremiados su más primaria razón de ser (...) En una sociedad moderna los gremios están llamados a convertirse en conductos de un valioso aporte técnico para ilustrar la decisión política o de gobierno. No en vano los gremios reúnen a personas que desempeñan, y por ende conocen especializadamente, una misma función... Nuestra democracia será entonces orgánica, social y de participación¹⁴⁸.

Ya se avizora con meridiana claridad la importancia capital que desarrollará en la nueva institucionalidad el concepto de Estado subsidiario o **principio de subsidiariedad**. Justamente, tal es la bisagra, el anclaje en virtud del cual el proyecto capitalista-autoritario logra sintetizar dos posturas que en principio

¹⁴⁷ Ídem. p. 143 – 245.

¹⁴⁸ Declaración de principios del gobierno de Chile. Santiago, marzo 11 de 1974.

aparecen como irreconciliables: el pensamiento conservador corporativo con una economía liberal de mercado.

Ciertamente, la experiencia nacional vivida durante el periodo 1964-1973 y que significó la penetración de lo político en todos los ámbitos de la vida social importó el cuestionamiento a las más diversas relaciones de poder y subordinación, lo que implicó a su vez conferir al sistema político de contenidos auténticamente democráticos, esto es, la incorporación de puntos de vista, de formas de entender la realidad otrora ignoradas por las clases dirigentes y que decantó en la incorporación de vastos sectores de la población en mayores niveles de participación social y económica del país.

En tal sentido, la democratización de lo público se tornó insoportable en los círculos oligárquicos. En esta línea podemos articular el pensamiento de Jaime GUZMAN, sin duda la figura más importante de la derecha política reciente y artífice del legado institucional del régimen militar y en gran medida del sistema político chileno actual. Así, el político gremialista distinguirá entre soberanía o poder político y soberanía o poder social, entendiendo por el primero “...*el poder de decisión en el gobierno del Estado, [cuyo] ejercicio estará entregado a los órganos o poderes estatales, generados por medio del sufragio universal, el cual se canalizará a través de los partidos políticos...*”; en tanto soberanía o poder social comprende

*la facultad de los grupos intermedios entre el hombre y el Estado...para desenvolverse con legítima autonomía en orden a la obtención de sus fines específicos, de acuerdo al principio de subsidiariedad, como igualmente representar ante las autoridades estatales su percepción de la realidad social que éstas deben regir...*¹⁴⁹.

Con esta distinción GUZMÁN realiza una cesura en los ámbitos y funciones de participación sobre la cual avanzar en el rediseño de una participación social “*en un clima de orden y despolitización*”¹⁵⁰. Luego, “...*el sufragio universal, forma clásica de la participación, es sólo el mínimo al que puede aspirar un hombre cada vez más y mejor informado*”¹⁵¹.

De este modo las sociedades intermedias, genuinos vehículos de poder social, deben ser depuradas del juego político-partidista para alcanzar los fines que le son propios. En consecuencia, sindicatos, universidades, juntas vecinales, gremios, deben actuar con prescindencia de postulados ideológicos. Por el contrario, que el

¹⁴⁹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 18º, Celebrada en jueves 22 de noviembre de 1973. p. 15.

¹⁵⁰ GUZMAN, Jaime. Caminos para la participación. Ercilla, 22 de febrero de 1978. p. 6. citado por MONCADA, Belén. Autoritarismo y Participación en el pensamiento de Jaime Guzmán. En Anuario Filosófico XXXVI, 2003. pp. 473-486. p. 479.

¹⁵¹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 18º, Celebrada en jueves 22 de noviembre de 1973. p. 4.

Estado absorba esas sociedades intermedias y sus aspiraciones supone, entonces, una merma a la libertad de las mismas y a su independencia; toda vez que no son libres de decidir acerca de lo que les compete sin que sus decisiones se vean empañadas por directrices de programas partidistas¹⁵². De allí la necesidad de reconocer su autonomía respecto del Estado, consagrando el principio de subsidiariedad.

Y es en este punto donde asoma todo el sentido de oportunidad y pragmatismo político de GUZMAN al fijar la posición de los gremios en el proceso social y económico del país como instrumentos de participación consultiva carentes de poder decisorio formal, pero dotados de altos grados de influencia en la determinación de las políticas a adoptar en uno u otro de los rubros que a cada agrupación corporada les compete. Así, a pesar de la tajante distinción entre gremio y partido político, entre poder social y político,

*debe establecerse claramente la armonía entre ambos estamentos; es decir, el poder político, generado a través de sufragio universal, adopta decisiones en interés del poder social, tomando en consideración las opiniones técnicas, fundadas y especializadas de los componentes de este último.*¹⁵³

Desde otra perspectiva, la participación ciudadana se restringe a esporádicos procesos electorales, en tanto el denominado poder social acrecienta su ámbito de control de tal forma que no es posible concebir la elaboración una ley o política pública sin previo conocimiento de las opiniones técnicas de gremios y consorcios empresariales involucrados. De esta manera los grupos intermedios “*purgados de toda consideración política*” hacen valer sus intereses directamente ante el poder político sin mediación alguna de sufragio, partido, parlamento, o institución cualquiera con algún grado de intrusión representativa.

4. El Pueblo Mapuche frente a la nueva institucionalidad.

La reestructuración institucional impuesta por el gobierno dictatorial se basó principalmente en tres elementos¹⁵⁴: 1) La privatización de un amplio conjunto de actividades económicas previamente realizadas por el Estado, en condiciones que permitieron una rápida concentración de capitales. 2) Una drástica apertura de la economía al exterior encaminada a la inserción del mercado nacional en el mercado global basado en la lógica de las ventajas comparativas mediante la

¹⁵² MONCADA, Belén. Autoritarismo y Participación en el pensamiento de Jaime Guzmán. En Anuario Filosófico XXXVI, 2003. pp. 474, 475.

¹⁵³ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 18º, Celebrada en jueves 22 de noviembre de 1973. p. 16.

¹⁵⁴ GARRETON, M. A. y MOULIAN, Tomás. *Procesos y bloques políticos en la crisis chilena, 1970-1973*, FLACSO-Chile, 1977. Citados por BRUNNER, José Joaquín. *La cultura autoritaria en Chile*. 1981. p. 157.

readecuación de la estructura productiva del país. 3) La entrega a los mecanismos del mercado de funciones antes reguladas por el Estado pasando, en adelante, a ser tratadas conforme a criterios de rentabilidad empresarial.

Consecuencialmente, el sistema establecido fue el de un neoliberalismo basado en un programa económico primario-exportador tendiente a la reducción de aranceles y a una fuerte inversión extranjera (establecidas en el DL 600 sobre inversión extranjera), con el objetivo de fomentar la competencia en los mercados internacionales en virtud de las ventajas comparativas de nuestro país en lo que se refiere a la extracción de recursos naturales. De esta manera, se procedió a una reorganización de la división político-administrativa del territorio nacional en conformidad a tal proyecto, numerando y asignando a cada unidad regional un determinado fin.

Concretamente, en la zona históricamente ocupada por el pueblo mapuche (Regiones del Bío Bío, Araucanía y Los Lagos) el Estado implementará una agresiva política de desarrollo forestal incentivando fuertemente las plantaciones en la zona sur del país. Ya en 1974 se dicta el DL 701 sobre fomento forestal – con la decisiva participación de la Corporación de la madera (CORMA), agrupación gremial que reúne a las principales industrial del rubro¹⁵⁵ – estableciéndose un subsidio directo en dinero equivalente al 75% del valor total de las plantaciones que demuestren tener un 75% de rendimiento al año de vida. Asimismo, se eliminó la tributación fiscal y territorial, y se estableció la inexpropiabilidad de los predios¹⁵⁶. Además se abrieron líneas de crédito destinadas exclusivamente a su fomento, al mismo tiempo que se privatizaban la generalidad de las industrias (ej. Celulosa Arauco y Celulosa Constitución que pasarán a manos de la Corporación de petróleos de Chile, COPEC S.A.). Decisivo fue, asimismo, el subsidio que representó la venta a bajo precio de tierras de la reforma agraria, por la vía de remate de los predios previamente forestados traspasados por la Corporación de Reforma Agraria (CORA) a la Corporación Nacional Forestal (CONAF) y que ésta su vez remató a las empresas forestales. A lo anterior se agrega la liquidez que adquirió el mercado privado de suelos rurales en los años ochenta, una vez culminado el proceso de normalización de las tierras expropiadas en la Reforma Agraria, asignación de parcelas, y su inmediata desprotección¹⁵⁷.

¹⁵⁵ www.corma.cl

¹⁵⁶ www.cmpc.cl

¹⁵⁷ TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. **Enclave Forestal Chileno en territorio mapuche**. En Revista de Asuntos indígenas N° 4, 2006. Documento electrónico disponible en www.politicaspUBLICAS.cl. Según la Corporación Nacional Forestal (CONAF), hacia 2004 las plantaciones forestales cubrían una superficie de 2,1 millones de hectáreas correspondientes al 2,8% del territorio nacional. Aproximadamente el 75% de esta superficie corresponde a pino insigne y el 20% a especies del género Eucaliptos (CÁRDENAS, Adolfo y ANTILEO, Enrique, *Plantaciones forestales en Chile y su relación con el Pueblo Mapuche*, en línea [<http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=388>]).

Los efectos directos del decreto ley en comento se tradujeron en el establecimiento de 1,35 millones de hectáreas, de las cuales se bonificaron 800 mil. Dicha iniciativa culminó en 1995 con la consolidación de un patrimonio nacional forestal de 1,8 millones de hectáreas plantadas¹⁵⁸. El incentivo fue, evidentemente, asimilado principalmente por las medianas y grandes empresas, y quedó marginado de sus beneficios el sector de pequeños propietarios rurales, los que sólo lograron forestar entre 1974 y 1995 un 3% del total plantado, equivalente a 55.991 hectáreas¹⁵⁹.

Frente a tal dinámica no tardará en emerger la *problemática indígena* como obstáculo al avance del modelo. Luego, y de inmediato, reconocemos inquietantes similitudes con el proceso de *pacificación* ocurrido a poco menos de un siglo. En primer lugar, podemos reconocer que en ambos períodos el modelo adoptado por el Estado es el de una economía abierta al mercado exterior, fundamentalmente mediante la exportación de materias primas garantizando el flujo de suministros hacia los países desarrollados. Más llamativo aún resulta el carácter invariablemente monopólico que sustentan dichos proyectos de desarrollo. En efecto, siguiendo a SALAZAR Y PINTO¹⁶⁰, el proyecto de construcción del Estado nacional iniciado en 1810 y clausurado en 1829 (Lircay) por la coalición pelucona integrada por los grandes mercaderes de Santiago, decantó en la redacción de la Constitución oligárquica-liberal de 1833. Como es obvio, dicho proyecto no tuvo por objeto el desarrollo de la industria nacional, la “integración hacia dentro” de los productores locales y comunales, sino por el contrario buscó reactivar el capital comercial de la oligarquía mercantil de Santiago gravemente afectada con las campañas de independencia, para lo cual resultó vital la inyección del empresariado extranjero¹⁶¹. Esto es, recomponer la “integración hacia fuera”, reconquistando para Chile un puesto en el mercado global. Ahora bien, la armonía conquistable en lo exterior requirió la imposición de adecuado “orden interior”. Función exitosamente desarrollada por los “estanqueros” de Portales. “*De este modo, el drástico autoritarismo interior fue puesto al servicio de un práctico libremercado exterior*”¹⁶². El orden mercantil, afable con el extranjero, fue implacable hacia dentro: convertía en *enemigo* (bárbaro, flojo, facineroso, corrupto o inmoral) a todo aquel que no creía o no prosperaba en ese orden¹⁶³. Las correspondencias históricas son indiscutibles.

¹⁵⁸ VALDEVENITO, Gerardo. *Evaluación de efectividad del Fomento Forestal en Chile. Periodo 1996-2003*. Resumen de Estudio de caso N° 86 para la obtención del grado de magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas Y matemáticas. Departamento de Ingeniería Industrial. Santiago, Chile. 2005. p. 3.

¹⁵⁹ Ídem.

¹⁶⁰ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio *Historia contemporánea de Chile.*, 1999. pp. 13 y ss.; 125 y ss.

¹⁶¹ Que esto era así, lo probó la Convención comercial que se firmó con EE.UU. en 1832, que reconoció a los comerciantes norteamericanos los mismos derechos y libertades que a sus pares chilenos; lo que implicaba concederles plena “ciudadanía económica”. Igual garantía se le concedió a los ingleses en 1854. ídem. p. 36.

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ Ídem. p. 134.

Segundo; en sendos momentos históricos la economía primario exportadora se vio enfrentada a serias dificultades ya sea para su sustentación, o bien para su implementación, respectivamente. Dificultades que son resueltas invariablemente de forma violenta por la razón de las armas. Recordemos que en siglo XIX, y ante la crisis que significó la recesión de la economía, los gobiernos de la época, influenciados y respaldados por las opiniones plasmadas por los personajes de mayor influencia por aquellos años y que controlaban los periódicos locales y nacionales, llegaron a la convicción de que era necesario la plena integración de la Araucanía para su cultivo y explotación. He aquí el comienzo de la ocupación que costo miles de vidas de personas pertenecientes a pueblos originarios. Mapuches que conforme a la misma legislación que buscaba imponérselos eran considerados chilenos en igualdad de derechos. Una guerra civil, por tanto no declarada y ocultada sistemáticamente por la historiografía nacional.

Transcurrido un siglo las cosas no han cambiado mucho. El Estado de Chile mediante su gobierno de facto llevará adelante la revolución autoritario capitalista de forma extremadamente violenta por medio de la aplicación de métodos represivos considerados como delitos de lesa humanidad, tales como ejecuciones políticas, desapariciones forzadas sistemáticas y torturas. Métodos que por cierto no fueron desconocidos para el pueblo mapuche y que se enmarcaron principalmente en el proceso de contrarreforma agraria llevado a cabo esencialmente durante los primeros años de la dictadura¹⁶⁴. En esta primera etapa, el gobierno militar en concordancia con el enfoque compartido y promovido por Estados Unidos, se sintió encomendado con la suprema misión de salvar la vida de su nación, atribuyéndose el deber de intervenir para extirpar la amenaza comunista y construir un sistema que evitara la reaparición de este peligro. Así pues, el gobierno militar consideró su ascensión al poder como un tiempo político **fundacional**, donde la represión política era sólo la versión perversa de la justicia retributiva y de las medidas preventivas¹⁶⁵. De este modo, la **ideología de seguridad nacional** permitió explicar la movilización total de los recursos represivos del Estado contra el enemigo en esta guerra no convencional dentro de nuestro propio territorio, proporcionando una justificación moral para el control militar sobre el conjunto de las actividades e instituciones de la sociedad civil, excepto las económicas, permitiendo así remover todo obstáculo para la libre iniciativa de la clase dominante, bajo una codificación de la sociedad en términos simples pero eficaces de amigo/enemigo que permitió ir ajustando la legalidad del poder político a los requerimientos del ejercicio del poder, lo cual a su vez permite incorporar la noción de estados de emergencia como herramienta jurídica principal para recubrir el empleo de las practicas represivas del Estado.¹⁶⁶⁻¹⁶⁷

¹⁶⁴ Véase REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*. Volumen I, primera edición Cuaderno Bicentenario, Santiago, 2004. pp.447 y ss.

¹⁶⁵ ZALAUQUETT, José. *La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de derechos humanos*. En Revista Perspectivas. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, Vol. 2, Numero especial, Santiago. pp. 1-20.

¹⁶⁶ BRUNNER, José Joaquín. *La cultura autoritaria en Chile*. 1981. pp. 50 y ss.

Ideología y actos que por cierto – al igual que en la segunda mitad del siglo XIX –, eran azuzadas, promovidas, respaldadas y socializadas por aquellos medios de comunicación controlados por la clase dirigente (y que por supuesto no sufrieron de censura alguna). Así, El Mercurio escribirá en 1978: “...*Encontrar rostros de muerte en un campo de batalla es algo previsible, aunque trágico y sobrecogedor. El país fue un campo de batalla durante un largo tiempo después del 11 de septiembre de 1973*”¹⁶⁸; ante lo cual es necesario establecer una “...*recta comprensión hacia hechos que, aunque lamentables, fueron parte de un precio doloroso que se tuvo que pagar para vencer la misma agresión que ha derrotado*...”¹⁶⁹

La prensa local, por su parte, publicaba: “*En Cautín quiso el marxismo matar la propiedad agrícola. Expropió cuanto pudo y lo demás lo tomó con las fuerzas de MCR. Los campos de Cautín durante la anterior administración fueron escenario de una serie de atentados contra la propiedad privada y el MIR con la figura del Che Guevara llevó el odio como también la Anarquía y destrucción a los complejos agrícolas*...”¹⁷⁰

Bajo este razonamiento de beligerancia interna, reconocemos la tercera analogía con el periodo de ocupación; esto es, la discriminación congénita del Estado para con los pueblos originarios en general, y hacia el pueblo mapuche en particular, toda vez que representan una amenaza al proyecto homogenizador. Efectivamente, el recurso del mito fundante de la *chilenidad* se hace absolutamente necesario bajo una lógica de guerra en virtud de la cual y según sus gestores

*nuestra Patria ha decidido combatir frontalmente en contra del comunismo internacional y de la ideología marxista que éste sustenta... el Gobierno de Chile plantea su carácter nacionalista en la seguridad de que nuestra Patria constituye un todo homogéneo, histórica, étnica y culturalmente, no obstante su disímil geografía*¹⁷¹.

De este modo los militares y civiles en el poder logran la cohesión moral e intelectual suficiente para extender su radio de influencia hacia todo el cuerpo social, neutralizando a la disidencia ideológica y militarmente.

¹⁶⁷ “...El comunismo es una moderna forma de agresión permanente que da lugar a una guerra no convencional en que la invasión territorial es reemplazada por el intento de controlar los Estados desde adentro...” Gral. Augusto PINOCHET UGARTE, Mensaje del 11 de septiembre de 1976.

¹⁶⁸ El Mercurio, Comentario Editorial. 22 de Diciembre de 1978. Citado por BRUNNER, José Joaquín. *La cultura autoritaria en Chile*. 1981. p. 55.

¹⁶⁹ El Mercurio, 25 de Febrero de 1979. BRUNNER, José Joaquín. *La cultura autoritaria en Chile*. 1981. p. 55.

¹⁷⁰ Diario Austral de Temuco. 11 de septiembre de 1974.

¹⁷¹ Declaración de principios del gobierno de Chile. Santiago, marzo 11 de 1974.

Observamos como se configura en idénticos términos un discurso etnocentrista que desarticula al mapuche en diversos componentes independientes entre si que son utilizados en función del mensaje que se desea comunicar. Así, por un lado se destaca que

desde muy tempranas épocas, el pueblo mapuche legó a la historia nacional sus virtudes heroicas y su ineludible amor al suelo patrio. Fundidos estos valores con la sangre española, han dado como resultado una Nación altiva y valiente. El pueblo mapuche es uno de los componentes esenciales en la formación de nuestra nacionalidad¹⁷².

No obstante lo anterior y ante la experiencia que represento el proceso de reforma agraria en las provincias de Arauco, Malleco y Cautín que significó la restitución de tierras equivalentes a 132.115,78 hectáreas para el pueblo mapuche¹⁷³, el gobierno militar impulsó un profundo proceso de contrarreforma agraria que se desarrollará con inusitada violencia en aquellos predios donde se beneficio a personas de dicha etnia.¹⁷⁴ Si entre 1976 y 1977 los detenidos por sospecha representaban en Chile un cinco a seis por ciento de la población, en el campo de la Región de la Araucanía, esto es en la zona mapuche, las cifras alcanzan un 20%. Ello significa que la policía tuvo el método de arrestar a los indígenas simplemente por ser tales¹⁷⁵. Se configura, por ende, un nuevo imaginario respecto de los mapuche. No ya el bárbaro que se opone al proyecto civilizador, sino el indio revolucionario, subversivo, enemigo de la patria.

Así las cosas, la disfuncionalidad del indígena respecto del sistema que se instaura con fusil y decretos ley, es total. No sólo en lo que dice relación con el uso de la tierra y de la importancia que ella encuentra dentro de su particular cosmovisión, sino también en cuanto al tipo de sociedad que se instaura. En efecto, frente a un régimen que busca atomizar el cuerpo societal en una masa de individuos votantes, desorganizados políticamente, a partir de lo cual ser integrados ordenadamente a una sociedad orgánicamente constituida sobre la base de la posición que ocupan en el mercado; las reducciones mapuche se yerguen como una comunidad de personas étnicamente diferenciadas donde si bien existen autoridades locales (longko, cacique o principal), se trata por sobre todo de agrupaciones de tipo horizontal con bajos niveles de jerarquización donde cada comunidad posee autonomía respecto de las demás. A lo cual debemos

¹⁷² El pueblo Mapuche: presente y futuro de una raza. Imprenta del Instituto Militar. Santiago. 1989. p. 38,39.

¹⁷³ CORREA, Martín, MOLINA, Raúl; YAÑEZ, Nancy. **La reforma agraria y las tierras mapuche.** Cultura Sociedad e historia contemporánea. América Latina. Revista del doctorado en el estudio de las sociedades latinoamericanas. Santiago. 2002. p. 256.

¹⁷⁴ REPÚBLICA DE CHILE. **Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.** Volumen I, primera edición Cuaderno Bicentenario, Santiago, 2004. pp.448.

¹⁷⁵ BENGOA, J. **Historia de un conflicto.** 2002. p. 163.

agregar el sistema de mediaría¹⁷⁶ que sustenta su sistema económico productivo de subsistencia, muy distinto al emprendimiento individual y empresarial que se pretende fomentar.

En este escenario, en 1979 – 5 años después del DL 701 – la junta militar dicta el DL 2578, el cual tuvo por objeto: 1) sanear los títulos de los mapuche, restituyendo derechos sobre las tierras que habían sido afectados por el proceso de Reforma Agraria; 2) incentivar desarrollo económico de sus integrantes sobre la base de un título individual de dominio; y 3) integrar, definitivamente, al mapuche a la sociedad chilena.

Cabe recordar que tras el término de la radicación, alrededor de 1930, comienza un arduo y complejo debate respecto a la división de las comunidades. Debate que tuvo dos posturas: la divisionista, que propugnaba la división de las comunidades y la formación de pequeñas propiedades que se pudieran vender; y los comunitaristas, partidarios de mantener la propiedad comunitaria. Hasta el año 79 hubo una suerte de empate, ya que si bien, se formularon leyes que permitían la división, se dictaban otras que impedían la venta de las tierras¹⁷⁷.

No obstante lo anterior, y a pesar de no existir datos empíricos fidedignos en cuanto a que la división de las tierras mapuche y la posterior constitución de propiedad privada haya significado una mejoría o mayor desarrollo en comparación al resto de la población indígena indivisa¹⁷⁸, el gobierno militar vino a *solucionar*, vía decreto ley, la compleja discusión. La política no podía ser otra más que dejar al mercado que opere con absoluta libertad, de modo tal que cada un comunero un título de dominio; algunos comprarían, otros venderían; las empresas ocuparían las tierras de aptitud forestal y de tal forma se descongestionaría el problema mapuche¹⁷⁹.

Así, el Art. 10 del DL 2578 expresaba: *“El procedimientos de división de la reserva se iniciara por una solicitud del Abogado Defensor de Indígenas, formulada al juez*

¹⁷⁶ Véase STUSHLIK, Milán. La vida en mediaría. Mecanismos de reclutamiento social de los mapuche. Edición Soles. Santiago. 1999.

¹⁷⁷ BENGOA, J. *Historia de un conflicto*. 2002. p. 168.

¹⁷⁸ Véase BENGOA, José y VALENZUELA, Eduardo. *Economía Mapuche: pobreza y subsistencia en la sociedad mapuche contemporánea*. PAS, Santiago, 1984. En este orden de ideas, llama poderosamente la atención la notable regularidad con la cual el pensamiento de la derecha chilena culpa a la falta de la propiedad privada en las comunidades indígenas, así como su respeto y protección, como el factor determinante al bajo desarrollo económico que ostenta este sector de la sociedad. Más aún, resulta curiosa la tenacidad y convicción que demuestran contra las limitaciones a la propiedad individual y autonomía privada, abogando por una pronta desregulación de la propiedad comunitaria como solución a la problemática mapuche (véase los informes elaborados por Libertad y desarrollo en torno al tema). No obstante, y sospechosamente, consideran la autonomía y la libertad individual en el solo ámbito de lo económico, sin aludir de modo alguno en los aspectos políticos de la cuestión, reduciendo el debate a una discusión económico social, desconociendo, sin más, el vertiginoso desarrollo que ha experimentado el derecho internacional de los derechos humanos en relación con los derechos de los pueblos indígenas, en particular con el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

¹⁷⁹ BENGOA, J. *Historia de un conflicto*. 2002. p. 171.

competente a requerimientos escrito de cualesquiera de los ocupantes de ella”, donde el Defensor no era sino el abogado jefe del INDAP, el que tenía por misión dividir un cierto número de comunidades por mes.

El Art. 1º prescribía, por su parte que: “A partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, las hijuelas resultantes de la división de las reservas, dejarán de considerarse tierras indígenas, e indígenas a sus dueños o adjudicatarios.”

Como se observa, la política impuesta fue unívoca tanto como implacable: “[L]a nueva ley implica un nuevo enfoque: en Chile no hay indígenas, son todos chilenos...”¹⁸⁰. Eran las palabras del Ministro de Agricultura de turno para referirse a la nueva política indígena.

La aplicación práctica del Decreto Ley 2.568, significó que hasta el año 1990 se aplicara una sistemática división de las comunidades indígenas, logrando dividir casi la totalidad de los títulos de merced, lo que empero no ha importado un cambio positivo – ni mucho menos – al desarrollo económico de los mapuche. Al contrario de lo experimentado por la industria forestal, que para el año 2004 aumentó sus exportaciones en un 33 %, con cifras de más de US\$ 3 mil millones de dólares¹⁸¹, el pueblo mapuche continúa al margen del desarrollo. Así la encuesta CASEN¹⁸² del año 2000 arrojaba que en que la indigencia en población *mapuche* alcanza un 11%, duplicando el porcentaje de indigencia a nivel nacional (5,7 %). Situación similar ocurre con la pobreza, que alcanza a un 32,2% en su población versus un 20,6% para todo el país.

Lícito es preguntarse entonces por las reales motivaciones que engendraron la norma de facto en comento. Ciertamente la verdadera meta económica del Decreto no era el apoyo al desarrollo del mapuche, tanto como la liquidación de un sector “*disfuncional*” o “*inviabile*”¹⁸³. Tuvo por objeto menos el progreso de un sector históricamente excluido que una integración coercitiva en condiciones objetivas de desventaja en relación al resto de la sociedad como consecuencia de la aplicación invariable de la lógica del mercado a pesar de la complejidad que pueda revestir la cuestión.

El indígena ingresa, por ende, “*como cualquier otro chileno*” y “*con igualdad de oportunidades*” a engrosar las filas del bajo pueblo en calidad de ciudadano-consumidor; en tanto las empresas forestales corporadas irrumpen a disputar “*en*

¹⁸⁰ RUPAILAF, Raúl. *Las organizaciones mapuche y las políticas indigenistas del Estado chileno (1970-2000)*, en *Revista de la Academia Nº 7*, Editor Universidad de Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 2002, pp. 59-103. Esp. p. 74.

¹⁸¹ Fuente: www.corma.cl

¹⁸² Fuente: Etnias y Pobreza en Chile, *Encuesta Casen*, 2000.

¹⁸³ PARMELEE, Elizabeth. *Decreto Ley 2568, sus efectos e implicancias*. Documento electrónico disponible en: <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/parm1.html>

igualdad de condiciones” la propiedad de la tierra, dispensadas de todo obstáculo premoderno o comunitario para la expansión de la iniciativa privada.

5. El principio de subsidiariedad: la gubernamentalización del Estado.

Resulta de capital importancia retomar y establecer el verdadero sentido y alcance de este principio a través del cual es posible ir dilucidando la actual situación del conflicto.

La Constitución Política de la República, plebiscitada en 1980 bajo estado de sitio y de emergencia, sin tribunal electoral imparcial y con censura de los medios de comunicación, consagra el principio de subsidiariedad en su capítulo I sobre “*Bases de la Institucionalidad*”, Artículo 1º inciso 3º:

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Precepto que inscripta, constituye, sistematiza un nuevo tipo de sociedad, reestableciendo el orden, pero sin embargo y correlativamente, modificando los modos de dominación, las tácticas específicas de ejercicio del poder.

Así, el principio de subsidiariedad busca, en primer término, limitar el campo de acción del Estado como requisito *sine qua non* de la libertad del individuo, el que se considera tanto desde el punto de vista del ser como del fin superior al Estado o la sociedad. En segundo lugar, siendo el hombre el fin de toda sociedad, el Estado debe reconocer y amparar la plena autonomía de aquel, así como las formas o agrupaciones menores en que éste se organiza para la consecución de los fines que por sí solo no lograría. En fin, cabe concluir que al Estado corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no pueden, no quieren, o no deben.

Luego, y he aquí la auténtica significación del principio en comento, la libertad garantizada por el Estado hacia los individuos se refleja y evidencia en la posibilidad real que poseen los particulares de emprender actividades productivas con total autonomía del Estado¹⁸⁴. La libertad entonces tenderá a identificarse sugestivamente con la **libertad económica** y el libre mercado como el cauce válido para la participación social.

Tomemos enseguida la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional:

¹⁸⁴ Cfr. Punto II número 5 de la “Declaración de principios del gobierno de Chile”, intitulado El respeto al Principio de Subsidiariedad supone la aceptación del Derecho de Propiedad privada y de la libre iniciativa en el campo económico. Declaración de principios del gobierno de Chile, Santiago, marzo 11 de 1974.

*las normas del Capítulo I de nuestra Constitución establece constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares*¹⁸⁵.

Vemos que el límite impuesto al Estado para la vigencia y materialización de la libertad no sólo circunscribe al respeto y amparo de la propiedad privada, sino que requiere e importa un repliegue aún más intenso del ente político *abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares*. Tenemos entonces que el principio de subsidiariedad en Chile se aplica de este modo, tanto a la economía como a la política, la educación, la salud, el transporte, los servicios básicos, etc.

Se trata de la matriz de una nueva forma de gobernar. Matriz en virtud de la cual la revolución autoritario-capitalista dispondrá una reestructuración en las relaciones de poder.

Como podrá suponerse, esta nueva manera de ejercer el gobierno estará orientada por la introducción de la economía, o más bien de la racionalidad económica, dentro del ejercicio político. Gobernar el Estado consistirá, por ende, en poner en acción la economía en la gestión total del Estado. Y será – por otra parte – esta racionalidad, estas tácticas de gobierno las que permitirán definir en todo momento lo que debe y no debe estar en la órbita del Estado, lo que es público y lo que es privado, lo que es estatal y lo que no lo es.¹⁸⁶

Ahora bien ¿en que consiste, que implica dicha racionalidad? Desde ya, y como un primer acercamiento, involucra aprehender y aceptar la **naturalidad** de ciertos fenómenos. A partir del siglo XVIII con el desarrollo de la ciencia económica – entendida como el estudio encaminado a determinar el mejor uso de bienes o recursos escasos ante múltiples e ilimitadas necesidades –, los fenómenos de escasez y carestía, aquellos aflicciones que en un sistema disciplinario debían justamente evitarse a cualquier precio y aún antes de que aparecieran, para esta nueva racionalidad no son, en el fondo, una mal en absoluto. No debe pensárselos como un mal: hay que concebirlo ante todo como un fenómeno natural¹⁸⁷. Alteración en la percepción de la disfuncionalidad que modificará las formas de vigilar, controlar y normalizar.

Retomando las observaciones de FOUCAULT, el acontecimiento sobre el cual se intentará influir será la realidad, mucho más que la obsesión por el control permanente sobre los potenciales actos al margen de la norma como ocurría en la experiencia disciplinaria. En efecto, es en esa realidad, con todas las oscilaciones

¹⁸⁵ Considerando 10 de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 6 de Abril de 1993 (Rol N° 167) p. 115.

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población. Curso en el Collège de France (1977-1978)**. 1ª Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 2004. p. 120, 136,137.

¹⁸⁷ Ídem. p. 56.

y sucesos que puede de alguna manera hacerla vacilar con respecto a una línea ideal, donde se trata de injertar un dispositivo tal que las oscilaciones abundancia/escasez, carestía/baratura no van a impedirse forzosamente de antemano ni tampoco prohibirse. Antes bien, se intenta obtener un **dispositivo de seguridad** que conectado con esa realidad misma de las oscilaciones y por medio de una serie de vinculaciones con otros elementos de la realidad, haga que ese fenómeno, sin perder nada de su realidad y sin verse ante ningún impedimento, se anule, se limite, se regule¹⁸⁸.

Giro radical en consideración a un sistema disciplinario el que, a la inversa, tiene por objeto complementar y, todavía más, modificar la realidad si así es necesario. Con tal fin, se vale de una serie de mecanismos e instituciones que, como ya revisamos, buscan aislar un determinado segmento a partir del cual analizar y descomponer a sus miembros, sus operaciones, sus actos, sus gestos. Todo ello bajo una reglamentación estricta y una codificación constante de lo permitido y lo prohibido. Prescripciones tanto más artificiales y apremiantes cuanto que la realidad es lo que es, insistente y difícil de vencer¹⁸⁹.

Consideraciones todas que implicarán la asunción de un nuevo sujeto político, a saber: la **población**. Ciertamente, la lógica disciplinaria presupone un conjunto de voluntades individualmente consideradas sometidas a la voluntad soberana de la ley. De un modo diametralmente opuesto, los dispositivos de seguridad no van a ser articulados en una relación autoridad-obediencia, control-corrección. El postulado de la reglamentación exhaustiva, minuciosa, suponía que las cosas son indefinidamente flexibles. Pues bien, el análisis de los economistas cuestiona justamente eso. Al igual que en el mercado, en el gobierno de las sociedades no solo existe un curso determinado de cosas que no se puede modificar, sino que al tratar de modificarlo no se hace más que agravarlo. Menester resultará, en consecuencia, tomar las distancias suficientes a partir de la cual abarcar toda una serie de fenómenos aleatorios e ininteligibles a nivel individual, en tanto fenómenos intrínsecos al cuerpo social.

Población, en seguida, no como la simple suma de individuos que habita un territorio sino como naturalidad específica de la existencia en común de los hombres. Naturalidad de la población que se manifiesta en: primero, la población no es un dato básico modificable por decreto; depende de toda una serie de variables que impiden su configuración como mero resultado de una voluntad soberana, lo cual no significa, empero, que la población sea una naturaleza inaccesible. Segundo, la constancia y regularidad de fenómenos que podrían suponerse variables tales como accidentes, tasas de natalidad, de mortalidad¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Ídem. p. 79.

¹⁸⁹ Ídem. p. 69.

¹⁹⁰ Ídem. pp. 93 y ss. Considerar la pertinencia de los efectos propios de la población – explica FOUCAULT – nos pone frente a un fenómeno muy importante: el ingreso a al campo de la técnicas de poder de una naturaleza tal que dentro y con la ayuda de ésta, así como con referencia a ella, el soberano debe desplegar procedimientos meditados, analíticos y calculados de gobierno. Surge así el denominado **biopoder**, es decir, “el conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello

En fin, si la población está efectivamente dotada de esa naturalidad, el Estado deberá hacerse cargo de esta nueva realidad teniendo por principio fundamental el respeto de esos procesos naturales o, en todo caso, la necesidad de tenerlos en cuenta: manejar, más que reglamentar; regularización global, más que adiestramiento individual. Introducción, en fin, de mecanismos de seguridad cuya función esencial será la de garantizar el desenvolvimiento de esos fenómenos naturales que son los procesos económicos o los procesos intrínsecos a la población. Ese será el objetivo fundamental de la gubernamentalidad¹⁹¹.

Podrá advertirse que ese *dejar hacer* de tales dispositivos, de dejar que la realidad se desarrolle y siga su curso de acuerdo con principios y leyes que le son propios requiere el respeto efectivo de la libertad – en sentido amplio y no según un criterio restringido y arbitrario que la identifique con la libertad económica –, no sólo como derecho de los individuos legítimamente opuesto al poder, sino de la libertad convertida en un elemento indispensable para la gubernamentalidad misma¹⁹². En consecuencia, su desarrollo integral sólo estará completo junto con la llegada de la democracia el año 1990, ya que como apunta agudamente FOUCAULT,

*la libertad no es otra cosa que el correlato de la introducción de los dispositivos de seguridad... No se trata de una ideología; no es verdadera, fundamental ni primordialmente una ideología. Es en primer lugar y ante todo una tecnología del poder.*¹⁹³

Pues bien, ciertamente es posible rastrear las raíces de una gubernamentalización del Estado chileno a fines del siglo XIX con la crisis del entramado portaliano, de evidentes raigambre autoritario-disciplinario¹⁹⁴, en la apertura – por un lado – de los procesos electorales tras suprimirse el sufragio censitario en 1914 con lo que se da inicio a verdaderas agencias electorales, sofisticadas encuestas preelectorales y astutos maquilladores de imagen pública; así como por otro lado, con el desarrollo de las **estadísticas** entendidas como conocimiento del Estado, de las fuerzas y los recursos que en un momento dado caracterizan a un Estado. Conocimiento elaborado en el periodo nacional-desarrollista (1930-1973) por la CORFO, MIDEPLAN, etc... y sistematizado por el Instituto de Economía de la

que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrán ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general del poder”.

¹⁹¹ Ídem. p. 404.

¹⁹² FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población**. 2004. p. 404.

¹⁹³ Ídem. p. 71.

¹⁹⁴ Basta leer su correspondencia, a falta de elaboraciones doctrinarias más complejas y sistemáticas del ministro, para concordar al respecto: “...La democracia, que tanto pregonan los ilusos, es un absurdo en países como los americanos, llenos de vicio y donde los ciudadanos carecen de virtud, como es necesario para establecer una verdadera República... ¿pero sabe como yo la entiendo para estos países? Un gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean verdaderos modelos de virtud y patriotismo, y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes. Cuando se hayan moralizado, venga el gobierno completamente liberal...”
Carta a J.M. Cea, Lima, marzo de 1822.

Universidad de Chile¹⁹⁵, y desde lo cual ir forjando las diversas políticas públicas. Realidad que vemos reflejada en el proceso de Reforma Agraria, donde el pueblo mapuche se plegó al movimiento campesino, y donde, en general, todo movimiento social fue indefectiblemente guiado por sus cúpulas políticas, so pena de quedar fuera de la legalidad.

No obstante lo anterior, no será sino con la liberalización de la economía que el Estado logra su completa gubernamentalización. Sólo de este modo, mediante el principio de subsidiariedad, la economía logra reivindicar (constitucionalmente) su pureza teórica, importada desde la Universidad de Chicago, materializando su independencia del subsistema político y exigiendo su derecho a ser tomada en consideración por un gobierno que deberá – desde ahora – amoldarse a sus decisiones.

Ahora bien, y tal como reparan SALAZAR Y PINTO, no deja de ser “...*sugestivo que el implante libremercadista de Chicago, lo mismo que el proyecto mercantil impuesto un siglo y medio antes por Diego Portales & Cía. sólo haya podido germinar en el nido violento de una intervención militar*”¹⁹⁶, lo que nos conduce a reconocer una nueva fase de disciplinamiento, una ortopedia social previa que estructure y garantice un orden interior, una gobernabilidad de la sociedad funcional a la reinserción de Chile en el mercado globalizado a través de *ajustes estructurales* y la *modernización* del Estado, lo cual no es sino la redistribución de mecanismos acumulativos consistente en el trasvasije de fondos fiscales a la empresa privada, lo que revela que esta lógica modernizadora, si es acumulativa, lo es en el sentido de una *acumulación primitiva de capital* no basada en la producción e intercambio libre de mercancías, sino en la expropiación o robo de los medios de producción.¹⁹⁷

Es justamente en esta nueva fase de disciplinamiento donde se contextualiza y articula el DL 2578 de 1979 el que, como vimos, tuvo entre sus objetivos suprimir una realidad vía decreto, impidiendo artificialmente el desarrollo de una cultura ancestral como la mapuche. Prescindiendo de los fenómenos propios de la población indígena, la dictadura militar impuso un dispositivo reglamentario que dividió coercitivamente sus comunidades declarando su *plena integración legal* a la población criolla dominante. De este modo, el dictador Augusto Pinochet aseguraba en 1989 que en “...*Chile no existe ninguna forma de discriminación por motivos de raza... Esta realidad se ha hecho hoy mucho mas patente al consagrarse legalmente la total y absoluta igualdad entre todos los chilenos.*”¹⁹⁸

A partir de esta interpretación se puede comprender y ponderar en toda su significación la reacción que concitó en el mapuche la política de la Junta militar.

¹⁹⁵ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio *Historia Contemporánea de Chile*. 1999. pp. 158,159.

¹⁹⁶ Ídem. 172.

¹⁹⁷ Ídem. p. 104.

¹⁹⁸ Citado por Foerster, R. *Sociedad Mapuche y sociedad chilena: la deuda histórica*. En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, Vol. I, Nº 2, Santiago. 2001. p. 99

Si bien dicho decreto logró la casi total división de las comunidades, la amenaza de una política etnocida dio inicio a una red de solidaridades a nivel nacional e internacional que condenaron categóricamente al gobierno chileno por decretar la muerte legal del pueblo mapuche destruyendo su vida comunitaria¹⁹⁹. Más interesante resulta, sin embargo, la emergencia de un nuevo discurso indígena caracterizado por la separación del mundo mapuche del mundo *wingka*. Se inicia allí, como consecuencia de esta política de Estado, un movimiento étnico que señala y realza su diferencia con los demás movimientos sociales, erigiendo reivindicaciones autónomas. La cuestión étnica se va separar de la cuestión social en general, criticando incluso la intermediación de los partidos políticos²⁰⁰.

Así por ejemplo, los Centros Culturales Mapuche formados en aquella época, resolvieron en su segundo encuentro que:

*Los Mapuche tenemos una cultura diferente a los winkas, tenemos nuestras propias costumbres, lenguaje, religión, pensamiento e ideas...Nuestra cultura no se ha respetado en tiempos pasados ni se respeta ahora...Por esto nos proponemos mantener nuestra lengua y rechazar la división de nuestras comunidades, ya que con ello se divide también nuestro pueblo.*²⁰¹

6. El nuevo discurso indigenista: realismo político concertacionista y la legitimación de la institucionalidad dictatorial.

Como hemos afirmado, desde la década de los ochenta se inaugura una nueva etapa para el movimiento mapuche, así como para el resto de los pueblos indígenas de Chile y del mundo. En efecto, el año 1989 la OIT, tras un proceso de revisión del anterior Convenio 107, y "...Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957... hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia; ...Reconociendo las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven"²⁰² adopta con fecha 27 de junio el Convenio num. 169, el que se fundamenta, principalmente, en dos premisas básicas: 1) el respeto a las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales y 2) la consulta y participación activa de estos pueblos en las decisiones que les afectan²⁰³.

¹⁹⁹ Primer Congreso de movimientos Indios de Sudamérica. Comisión VI: Etnogenocidio contra el indio. Cuzco, Perú. 1980

²⁰⁰ BENGOA, J. *Historia de un conflicto*. 2002. p. 172.

²⁰¹ Idem. p. 172,173.

²⁰² Convenio num. 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Adoptado en la 76ª Conferencia General de la OIT. Ginebra. 1989.

²⁰³ Para un análisis detallado del convenio num. 169, véase *El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Magdalena Gómez. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel

De esta forma, y en total contraste con la institucionalidad elaborada en el país en la fase constituyente tras la intervención militar (1974-1980), se acumula un enorme acervo doctrinal, jurisprudencial y normativo que ha venido desarrollando lo que se ha denominado como el **derecho de los pueblos indígenas**, en virtud del cual dichos pueblos han logrado posicionar sus demandas en el debate internacional, alcanzando altos grados de legitimidad. Prueba de esto es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el año 2006 por su Asamblea General, en la cual se les reconoce formalmente su derecho, como a todo pueblo, a la **libre determinación** (Art. 3º). Cuestiones todas que veremos en profundidad en el siguiente capítulo de este trabajo.

Paralelamente, para la década de los ochenta comenzaba a fraguarse en el país la transición hacia la democracia. Estructurado y plebiscitado el texto constitucional, los militares comenzaron a elaborar su *política de retirada*, una vez que su poder de fuego comenzó a perder efectividad política y el desprestigio internacional tomaba tintes bochornosos²⁰⁴. No cabe duda alguna del éxito de tal estrategia que, de la mano del realismo político de los partidos de oposición concertados, validó el orden constituido dictatorialmente (1980). Basados en una lógica de supervivencia partidaria, acataron la constitución, legitimizándola, incorporándose al mismo sistema contra el que lucharon junto a la base ciudadana,. De modo tal que una vez alcanzado nuevamente el poder, los partidos no-oligárquicos, necesitaron deshacerse no sólo de su vieja devoción populista, sino también de los movimientos sociales que se habían desgastado en el prefacio de la transición, tendiendo a quebrarse las relaciones entre las bases de la mayoría ciudadana y los partidos que los *representaban*.²⁰⁵

En el caso del pueblo mapuche, el *realismo político concertacionista* se concretó en el "*Pacto de Nueva Imperial*", en virtud del cual buscaron alcanzar la gobernabilidad de la zona identificada por las propias fuerzas democráticas como potencial "*área de explosividad*"²⁰⁶. Así, el 1º de diciembre de 1989, La Concertación se comprometía a: 1) reconocer constitucionalmente a los pueblos originarios, 2) ratificar el Convenio 169 de la OIT y 3) elaborar una nueva legislación indígena, a cambio de que los mapuche votaran por su candidato presidencial e hicieran valer sus demandas por los *cauces institucionales*, renunciando a la movilización social.

Se hace imprescindible detenerse en este punto. Particularmente en lo que dice relación a los cauces institucionales e informales utilizados por el pueblo mapuche

Berraondo (Coord.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Bilbao, España. 2006. pp. 133-152.

²⁰⁴ 119 Emblemático fue el traspié que sufrió Pinochet en su visita a Filipinas. En esa ocasión Ferdinand Marcos -presidente de facto de la isla- suspendió la visita del dictador chileno cuando éste ya se encontraba volando hacia Filipinas.

²⁰⁵ SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio *Historia Contemporánea de Chile*. 1999. pp. 252 y ss.

²⁰⁶ Memorando Interno *Política Indígena Concertación de Partidos por la Democracia*. Mimeo, Noviembre, 1989.

para la consecución de sus históricas reivindicaciones. Al efecto, cabe recordar que el año 1930 la ley N° 4.802 que puso término al proceso de Radicación y agilizó el procedimiento de división, creó, además, cinco Juzgados de Indios para dicho efecto, así como para el conocimiento de demandas de restitución de tierras usurpadas por diversas vías. Ahora bien, una constante en la historia de pérdida de tierras mapuche a manos de particulares es la gran cantidad de causas de restitución de tierras entabladas ante los juzgados de Indios con nulos resultados a favor de los mapuche, donde la mayoría de las causa ni siquiera tuvieron sentencia de término. De acuerdo a al catastro realizado por CORREA, MOLINA Y YAÑEZ, "...se evidencia que la reivindicación territorial mapuche – hasta la primera mitad de 1960 – se instala en los Juzgados de Indios, sin que exista un proceso de recuperación de tierras de importancia.²⁰⁷ Todavía más, el único caso que tenemos conocimiento en que la sentencia fue favorable a los demandantes indígenas, jamás se cumplió. En efecto, el año 1931 las familias de Temulemu demandaron al particular Cardenio Lavin en el Juzgado de Indios de Victoria, obteniendo un fallo a su favor. Sentencia que fue legalmente notificada, pero que nunca se materializó.²⁰⁸

En cuanto a las instancias informales destaca la heterogeneidad de organizaciones y discursos en virtud de las cuales hacer comprensibles sus aspiraciones al resto de la sociedad. Al decir de BENGOA, han buscado por todos los medios de "traducir" sus reivindicaciones al lenguaje de los chilenos. Cuando a comienzos de siglo las organizaciones populares utilizan el concepto de "sociedades", ellos forman las suyas propias: La Sociedad Caupolicán, La Sociedad Galvarino. En la época de los "frentes", ellos forman El Frente Único Araucano. En el periodo desarrollista de las corporaciones, ellos conforman La Corporación Araucana²⁰⁹. Ha sido un esfuerzo extremadamente frustrante para los dirigentes indígenas que han buscado por los métodos más diversos el respeto, la dignidad y la libertad de su gente. Cuestión que hasta ahora nohan logrado.

No es de extrañar, entonces, que hasta el día de hoy los indígenas no han sido reconocidos constitucionalmente. La CPR de 1980 es clara: "*El Estado de Chile es unitario*" (Art. 3°). El convenio num. 169 sólo ha sido ratificado el 2008, dos décadas después del Pacto de Nueva Imperial. Veinte años marcados por una política represiva hacia el pueblo mapuche que ha sido reconocida por múltiples organismos internacionales²¹⁰.

En fin, la Ley 19.253 o de Desarrollo Indígena, promulgada en 1993, se enmarca dentro de una concepción paternalista, propia de otro ciclo histórico, no tocando el

²⁰⁷ CORREA, Martín, MOLINA, Raúl; YAÑEZ, Nancy. *La reforma agraria y las tierras mapuche*. 2002. pp. 63-67.

²⁰⁸ Expediente N° 315, "Antonio Ñirripil contra Cardenio Lavín", 31 de mayo de 1931. Citado por CORREA, Martín, MOLINA, Raúl; YAÑEZ, Nancy. *La reforma agraria y las tierras mapuche*. 2002. pp. 165.

²⁰⁹ BENGOA, J. *Historia de un conflicto*. 2002. p. 121.

²¹⁰ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, Relatores especiales de la ONU, Federación Internacional De Derechos Humanos, Human Rights Watch, entre otros.

tema de los derechos indígenas, sino sólo de las obligaciones estatales. O sea, más mapuche son beneficiados con programas asistenciales, pero no titulares de derechos. En lo que respecta al tema de tierras y recursos, establece un estatuto limitado de reconocimiento y protección de tierras indígenas, y desconoce derechos sobre recursos naturales, lo cual obviamente deja en una situación de indefensión a los pueblos indígenas, más aún en un modelo económico neoliberal que incentiva y favorece las exportaciones de materias primas.

Se crea, asimismo, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI): institución asistencial de mediación entre Estado e indígenas; y un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI) para atender las reivindicaciones de tierras a través del mercado, lo cual viene a corroborar la autonomía que ha alcanzado el *mercado* en relación al sistema político, instrumentalizándolo. Esto importa que el dinero ha reemplazado el poder como medio operativo desde el cual se jerarquizan todos los procesos de la sociedad,²¹¹ lo que equivale para el pueblo mapuche a ver frustradas (una vez más) sus reivindicaciones territoriales – arbitrariamente acotadas por el Estado a las tierras comprendidas en los títulos de merced – por el colapso del insuficiente FTAI ante la indeseada, pero previsible especulación del mercado de tierras, por una parte, y el exuberante poder económico de la industria forestal, por otra.

En consecuencia, la cuestión indígena se reduce a un problema de pobreza étnica o de minorías. La política indígena, entonces, consistirá en la asistencia económica del Estado subsidiario al sector más desprovisto de la sociedad tras el eslogan “*desarrollo con identidad*”, en tanto el discurso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es acallado a través de la criminalización de la protesta social mapuche buscando “*sacar un conflicto social de la arena política para llevarlo al campo penal*”.²¹²

Para finalizar, cabe concluir que todo análisis respecto a la relación entre el Estado chileno y el pueblo mapuche, obliga a reconocer – en primer término – la legitimidad de las reivindicaciones territoriales indígenas. En concordancia con lo anterior, el año 2003, Ricardo Lagos Escobar, Presidente de la República, encomendó a un grupo de conciudadanos la preparación de un informe que investigara y le informara acerca de la historia de la relación que ha existido entre los Pueblos Indígenas y el Estado. El resultado de las investigaciones comentadas son lapidarias:

el Estado chileno ha sido el principal actor y responsable de las políticas que se han desarrollado en torno de la sociedad mapuche. Todas las consecuencias que implicó la ocupación militar de la

²¹¹ MASCAREÑO, Aldo. *Diferenciación funcional en América Latina: Los contornos de una sociedad concéntrica y los dilemas de su transformación*. En *Persona y Sociedad*, Vol. XIV, N° 1. Abril, 2000. pp.194, 195.

²¹² TOLEDO, Víctor. *Prima Ratio. Movilización Mapuche y Política penal*. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007. disponible en línea en:

*Araucanía constituyen el origen de la situación actual del pueblo mapuche... El Estado chileno, al optar por esta integración forzada y violenta... origina buena parte de los actuales conflictos territoriales mapuche: una doble pérdida, tierras y autonomía, que tiene un eje común: el no reconocerlos como pueblo.*²¹³

Luego, que tales reivindicaciones no transiten en su integridad por los causes institucionales no alcanza a ser explicado por la falta de vigencia del *Estado de Derecho* en la zona o la ineficiencia de los tribunales de justicia, como ha querido establecer -interesadamente, por cierto- un sector de la sociedad.

Antes bien, el desborde (ya estructural) de programas y políticas indígenas con la consecuente y asociada protesta social posee fundamentos bastante más complejos. Como se observa, la larga historia de desencuentros entre el pueblo mapuche y la sociedad chilena encuentra sus raíces en la impostura de la clase política, tanto civil como militar, de concebir a la nación como única y homogénea donde el Estado se presenta como síntesis imaginaria de la sociedad (crisol de razas), como un hecho de verificación legítima de esta integración histórica a partir de la cual configurar un principio ético-político de unificación de criterios que les permita justificar la titularidad final de los recursos y la decisión sobre las formas de gestión de esos recursos.²¹⁴

Ante tal artificialidad, bajo esta ficción jurídica de igualdad formal emerge regular e insistentemente una realidad de sujetos colectivos diversos, cuyas relaciones de convivencia exigen superar el viejo y añejo esquema del Estado-nación, basado en la pétreo identificación entre pueblo, nación y Estado.²¹⁵

No cabe duda que dicha ideología encubre y pretende legitimar poderosos intereses de orden económico como es el control territorial de enormes zonas ricas en recursos naturales y biodiversidad. Argumento doblemente intenso en el caso del pueblo mapuche, toda vez que el actual desarrollo del capitalismo y la acumulación de capitales se ve amenazado por la insuficiencia de recursos energéticos. Tanto más al considerar la condición de proveedor de materias primas no elaboradas que ostenta nuestro país.

²¹³ REPÚBLICA DE CHILE. *Informe Comisión Verdad Histórica...* 2004, p. 392.

²¹⁴ GARCIA LINERA, A. *Estado multinacional. Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la excusión de las naciones indias*. Publicación pendiente. Citado por WILHELMI, Marco. *El derecho de los pueblos Indígenas a la Libre Determinación*. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coord.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Bilbao, España. 2006. pp. 399-421. Esp. p. 419.

²¹⁵ WILHELMI, Marco. *El derecho de los pueblos Indígenas a la Libre Determinación*. 2006. p. 419.

7. Actores del conflicto.

Si entendemos por conflicto la existencia de una pretensión de un interesado y la resistencia de otro a satisfacerla, podemos definir la problemática mapuche como la pretensión de un país, o al menos de su clase dirigente, por lograr la pronta modernización y desarrollo, y la resistencia de un pueblo indígena a abandonar su cultura y territorio para la consecución de tal objetivo.

Ahora bien y considerando que la vigencia incuestionada de la teoría de las ventajas comparativas ha permitido justificar el hecho de que ciertos países jamás se industrializarán en la medida que otros tengan mayores ventajas comparativas para ello, necesario es entender que esta pretensión modernizadora se enmarca en las nuevas políticas de apertura al mercado internacional y de no intervención estatal, lo cual implica para Chile – así como para el resto de América latina – el abandono de la industrialización, incentivando la diversificación de las exportaciones de productos primarios y semielaborados²¹⁶. El desarrollo consistirá, por ende, en la capacidad con que nuestro país logre

Con el sólo objeto de ilustrar al lector acerca del escenario dentro del cual se desarrolla la problemática indígena, presentamos a continuación una pequeña revisión de los factores que inciden en la configuración de la pretensión antedicha.

7.1. *Los megaproyectos y el gobierno.*

El año 1994, 144 comuneros pertenecientes a la organización indígena denominada Aukin Wallmapu Ngulamde (Consejo de Todas las Tierras), la cual no suscribió el Pacto de Nueva Imperial, fueron condenados por los delitos de usurpación y asociación ilícita, tras un conjunto de tomas simbólicas de terrenos, ocupaciones pacíficas que fueron desalojadas por un contingente de carabineros. Dicho proceso fue cuestionado desde la perspectiva de un racional y justo procedimiento, siendo admitida la denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 2002, estando su resolución actualmente pendiente²¹⁷.

De este modo y paradójicamente, la despolitización del país –tan ansiada por la intelectualidad golpista (Guzmán)– sólo fue lograda por la coalición de partidos democráticos y su *realismo político*, ejerciendo una fuerte influencia restrictiva sobre las movilizaciones populares (no sólo de indígenas) una vez alcanzado el poder.

²¹⁶ LARRAIN, Jorge. *¿América Latina Moderna?. Globalización e Identidad*. Lom Ediciones. Chile. 2005. pp. 55,56.

²¹⁷ CIDH. Informe Admisibilidad Nº 9/02, petición 11.856, Aucan Huilcamán y Otros con Chile. 27 febrero de 2002.

Paralelamente, los gobiernos democráticos impulsarán la construcción de megaproyectos de energía e infraestructura en zonas de asentamiento indígena, desestimando las justas (pero poco rentables) reivindicaciones y derechos mapuche.²¹⁸

Emblemático es, en este orden de ideas, el caso de la represa Ralco en la cuenca del Alto Bio-Bio²¹⁹. En efecto, el megaproyecto hidroeléctrico significaba afectar directamente a los miembros de las comunidades mapuche Ralco Lepoy y Quepuca Ralco, así como la vulneración de la propia legislación indígena, ley 19.253. Sin embargo, y para abrir paso al proyecto, el gobierno intervino la CONADI exigiendo la renuncia de los consejeros que habrían expresado su oposición, e imponiendo ilegalmente la aprobación ambiental del proyecto. De allí en más, la represa fue construida de facto por la empresa ENDESA España, bajo la política de hechos consumados. El caso tomo ribetes morbosos cuando el 21 de abril de 2004 el embalse fue llenado por ENDESA, sin aviso previo de los *pewenche*, destruyendo el cementerio indígena de Quepuca Ralco, sin que el gobierno adoptara las medidas necesarias para evitarlo²²⁰.

Una y otra vez, de manera insistente y brutal, la modernidad deviene en exclusión, discriminación y violencia. Las señales que ha dado el Estado son elocuentes, empero contradictorias: las vías institucionales no cuentan para los indígenas, forzándolos a la protesta social y a las vías de hecho; en tanto cualquier acto que implique vulneración del *Estado de Derecho* será duramente reprimido, sin distinción de raza, esto es, **criminalización** de la protesta social mapuche.

A partir del “Caso Ralco” la posición del Estado se ha manifestado de forma unívoca en torno a proyectos de “desarrollo” en territorio indígena. De este modo se han venido concretando una variedad de mega-inversiones sin consulta previa e informada del pueblo mapuche, a saber: obras viales (*By pass* Temuco, Carretera de la Costa, Sendero de Chile, Aerouerto Temuco, etc.); vertederos, represas y centrales hidroeléctricas (Pangué y Ralco en Alto Bio-Bio, proyecto central Neltume); ductos de combustible y de residuos de industria forestal al mar; plantas de tratamiento de aguas servidas (Aguas Araucanía).

Es de esperar que la reciente ratificación del Convenio num. 169 de la OIT involucre una revisión seria y de buena fe en las formas de elaboración de la legislación de las políticas de desarrollo en zonas de asentamiento indígena, lo que implica la incorporación perentoria del trámite de consulta establecido en el

²¹⁸ Cabe destacar que las demandas mapuche gozan de

²¹⁹ Véase FIDH. Informe de Misión a Chile. “Los Mapuche-Pehuenche y el proyecto hidroeléctrico Ralco en Alto Bio-Bio: un pueblo indígena amenazado. Disponible en línea en : www.fidh.org

²²⁰ Ello en circunstancias que se encontraba pendiente el proceso ordenado por resolución ambiental de CONAMA con miras a dar solución al problema. AYLWIN, José. **La política del nuevo Trato: antecedentes, alcances y limitaciones**. En El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”. Las paradojas de la democracia chilena. YAÑEZ, Nancy, AYLWIN, José. (Ed.). LOM. 1ª Edición. Santiago. 2007. p. 50.

Art. 6º del convenio, como primer requisito hacia un dialogo constructivo y democrático entre dos pueblos que comparten un mismo territorio.

7.2. De la industria forestal.

El año 1997, mapuches de Lumaco (IX Región) cortaron un camino rural y quemaron tres camiones pertenecientes a una empresa forestal. Esto, ante la pasividad e inoperancia del gobierno para lograr la devolución de sus tierras ancestrales, recuperadas en tiempos de la Reforma Agraria y arrebatadas nuevamente en dictadura.

Tal episodio sacó a la luz la extensión y poder del complejo forestal y celulosa emplazado en territorio indígena. En efecto, los empresarios forestales y la prensa regional calificaron el hecho como “terrorista”. Se procesaron a 12 comuneros y sólo la oportuna reacción de la sociedad civil y de la Iglesia logró menguar la escalada represiva y abrir un debate público²²¹.

Ahora bien, y como señalamos en párrafos anteriores, la industria forestal chilena tiene su origen en el gobierno militar y el modelo económico (monopólico) por él impuesto (DL 701). Su plena consolidación, sin embargo, sólo tendrá lugar en tiempos de democracia, con la firma de una variedad de Tratados de Libre Comercio con los principales mercados industrializados (EEUU, UE, Japón, China, etc.). Instrumentos inalcanzables para un gobierno de facto altamente desprestigiado a nivel internacional.

Así las cosas, la promoción de plantaciones forestales, impulsada por el Estado entre 1974 y 1995, favoreció principalmente a grandes propietarios y empresas, lo que generó un sector forestal concentrado en pocos agentes económicos. De este modo, para fines de 1998 el país contará con un patrimonio equivalente a 1,8 millones de hectáreas, de propiedad de las principales empresas forestales, entre las que destaca el Conglomerado Arauco con un patrimonio forestal de 600 mil hectáreas (Forestal Arauco, 2004); las empresas CMPC con 635 mil hectáreas (CMPC, 2004) y Terranova con 80 mil hectáreas (Terranova, 2001). Parte importante de dicho patrimonio se generó con el uso del DL. 701 de 1974, que por 20 años bonificó la forestación de aproximadamente 800 mil hectáreas.²²²

Para paliar en algo esta situación así como para extender aún más la superficie plantada ante el descenso en las tasas de plantación en el periodo 1992-2000²²³, el gobierno modificó el DL 701 el año 1998 (ley 19.561) la que tenía por objeto focalizar su accionar en el sector de pequeños propietarios y en suelos

²²¹ TOLEDO, Víctor. *Prima Ratio. Movilización Mapuche y Política penal.*

²²² VALDEVENITO, Gerardo. *Evaluación de efectividad del Fomento Forestal en Chile. Periodo 1996-2003.* 2005. p. 7, 8.

²²³ Infor, 2004.

erosionados. No obstante, y como era de esperar, el reglamento que regularía las normas técnicas y administrativas del DL. 701 fue alterado frente a las presiones de diversos grupos de interés por abrir el beneficio del Estado a todos los agentes económicos, lo que redundó en un fuerte incremento de la tasa de forestación de empresas y propietarios privados, a niveles cercanos al triple y al doble de las superficies forestadas con bonificación entre los años 2000 y 2002. Por el contrario, estas modificaciones no alteraron significativamente el comportamiento de la tasa de forestación de pequeños propietarios, la que venía creciendo desde 1998 con incrementos cercanos a las dos mil hectáreas anuales.²²⁴

Así las cosas, el dinamismo alcanzado por la industria forestal en la actualidad, con más 2 millones de ha. plantadas y con cifras que superan los US\$ 2.525 millones exportados durante 2003 posesionándola como el segundo sector exportador después del cobre con un 13% del total exportado²²⁵, ha implicado relegar a un segundo plano las llamadas externalidades negativas, tales como la degradación de los suelos, inundaciones, escasez y contaminación de los recursos hídricos. Todo ello como consecuencia del monocultivo industrial de especies foráneas de rápido crecimiento, en conjunto con procesos asociados a la producción forestal y celulosa que generan modificaciones en los ciclos hídricos y contaminación de aguas subterráneas y superficiales (desaparición de fauna en santuario de la Naturaleza en Valdivia por Celulosa Arauco).

Asimismo, y al contrario de lo que intenta afirmar la industria forestal (CORMA), el crecimiento y desarrollo alcanzado por el sector no se ha traducido en un mejoramiento de las condiciones de vida de la población. Las regiones donde se localizan las principales explotaciones forestales (VIII y IX) son las más pobres del país (CASEN 2003) y las que ostentan los mayores índices de desempleo (INE, 2008).

Sin embargo, no sólo el dinamismo de la industria ha logrado restar validez a dichas externalidades. En efecto, el poder fáctico del monopólico conglomerado forestal de origen dictatorial, se ve reflejado en los personeros de las tres principales empresas forestales²²⁶:

- i. **Empresas CMPC:** Su principal empresa en el sector forestal es **Mininco**, con un patrimonio forestal aproximado a las 500.000 hectáreas. Con inversiones del sector además de Chile, en Uruguay, Argentina y Perú, mantiene además plantas de celulosa, de papeles y de remanufactura. Empresa controlada por la Familia Matte (Bernardo, Eliodoro y Patricia). Eliodoro es además director del Banco Bice y presidente del Centro de Estudios Públicos (CEP) así como presidente del departamento de

²²⁴ VALDEVENITO, Gerardo. *Evaluación de efectividad del Fomento Forestal en Chile. Periodo 1996-2003*. 2005. p. 46.

²²⁵ Infor, 2003.

²²⁶ Fuente: BELTRÁN, **Mario**. *Poder, imaginario y discurso. Un análisis del conflicto-movimiento Mapuche, Estado chileno, Empresa Privada*. Memoria de Grado. Facultad de Ciencias Sociales. Santiago, Chile. 2006.

plantaciones de CORMA. Bernardo, en tanto, es director de las empresas COPEC, presidente del Banco Bice y Vicepresidente de la Fundación Paz Ciudadana. Jose Latamendi, Director de Minico, es también presidente de la CORMA y Consejero del CEP;

- ii. **Empresas Arauco:** Sus empresas del sector son Bosques Arauco, Forestal Arauco, Forestal Cholguán, Forestal Celco, Forestal Alto Paraná, y Bioforest en investigación. En Chile su patrimonio forestal es de 906.033 hectáreas, al año 2000. Con inversiones del sector, en Argentina y Uruguay. Empresa controlada por la familia Angelini (Anacleto Angelini). Alberto Etchegaray, Presidente de directorio de CELCO y Ex - ministro de la vivienda de Aylwin, es Vicepresidente del Banco del Desarrollo y Ex – consejero electivo de la SOFOFA (2003-2007). Por su parte, Matías Domeyko, Gerente General de Administración de CELCO, es presidente del Departamento de Celulosa y Papel de CORMA; y,
- iii. **Terranova:** Su principal empresa es Forestal Millalemu, con un patrimonio forestal en Chile sobre las 120.000 hectáreas distribuido entre la VIII y IX Regiones, con inversiones forestales además en USA, Brasil y Venezuela, controlada por el empresario billonario suizo Stefan Schmidheiny.

Sólo resta consignar la posición de CORMA frente al conflicto: la entidad gremial ha exigido al gobierno invariablemente la aplicación de las mayores sanciones ante los hechos ocurridos en territorio mapuche, por cuanto tales acciones "... *han llevado al sector forestal a vivir un peligroso clima de violencia injustificada, donde se está faltando al Estado de Derecho y afectando gravemente a las personas y al derecho de propiedad...*".²²⁷ Con tal argumento, y a pesar de las enormes utilidades generadas por la industria forestal desde el regreso de la democracia, el gremio de la industria forestal a hecho valer su poder económico e influencias, atizando la escalada represiva como primer recurso ante actos de protesta social que perjudiquen sus intereses, desde la aplicación de legislación penal común hasta legislación antiterrorista (Ley N° 18.314), sin olvidar la ley de seguridad interior del Estado (Ley N° 12.927) y la justicia militar.

Así las cosas, y en concordancia con la institucionalidad legada y legitimada por la administración concertacionista, la CORMA señala que "*el problema de los mapuche está radicado en su extrema pobreza y en la falta de educación y capacitación para poder enfrentar el mundo actual*". La superación de este problema, según CORMA, es una responsabilidad que corresponde al Estado y no al sector privado.²²⁸

²²⁷ Declaración de Mesa Directiva de Corma, **Terrorismo Rural Contra Empresas Forestales** en CORMA No. 267, abril 1999, p. 8.

²²⁸ CORMA. **Ley de Seguridad Interior para Autores de Incidentes Solicitó la Corma** en CORMA No. 267, abril 1999, p. 7.

7.3. De los particulares.

La figura de “particulares” es, tal vez, una de las más curiosas de la nomenclatura jurídica. El año 1961, el entonces gobierno de Jorge Alessandri, dictó la ley que estableció que *“Se tendrá por particulares a las personas que reclamen derechos que no emanen directa o indirectamente de un título de merced, ni la calidad de herederos de los que figuren o hayan debido figurar en alguno de estos títulos”*. Con posterioridad, y ya en dictadura, el DL 2578 consagró que: *“Para los efectos de esta ley se presume de derecho que todos los ocupantes de una reserva son comuneros de ella y tienen la calidad de indígenas. Las demás personas se tendrán por particulares.”* De este modo se reconoce y otorga estatuto jurídico a los usurpadores²²⁹.

Así pues, una serie de personas no indígenas entran a disputar el dominio de tierras al interior de los propios títulos de merced otorgados a los mapuche por el Estado para la constitución de la propiedad Austral. La incoherencia es mayúscula al ser los propios “particulares” quienes abogan por la vigencia del Estado de Derecho y la condena irrestricta a los indígenas que alteren el orden público.

Sobresalen en calidad de particulares los señores Juan Agustín Figueroa Yávar, René Urban y Jorge Luchinger.

- i. **Juan Agustín Figueroa:** Abogado, Ex – ministro de Estado concertacionista, integrante del Tribunal Constitucional, presidente de la Fundación Pablo Neruda y dueño del Fundo Nanchahue de 1.904,9 ha. que, en conjunto con el fundo Santa Rosa de Colipi, se enquistaron – en el proceso de hijuelación y remate – entre las comunidades de Didaico, Temulemu, Pangucco y Chanco, superponiéndose y fragmentando la antigua jurisdicción mapuche, conforme a la cual las cuatro comunidades colindaban entre sí. Las comunidades del sector han señalado, asimismo, que ambos predios se han apropiado de hecho de terrenos que les fueron reconocidos en Títulos de Merced²³⁰.

Su casa-habitación fue incendiada en 2003 en momentos que se encontraba deshabitada no registrándose daños a las personas. El Sr. Figueroa se querelló contra sus vecinos mapuche por el delito de “incendio terrorista”. Fue la primera vez que se invoca la ley 18.314 contra comuneros mapuche. Los *longko* Pascual Pichún y Aniceto Norín fueron condenados por “amenaza” terrorista al no comprobarse su participación en el incendio en un proceso plagado de vicios, lo cual dio lugar a la visita del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, el año 2003.

²²⁹ BENGOA, J. *Historia de un conflicto*, 2002. p. 167.

²³⁰ CORREA, Martín, MOLINA, Raúl; YAÑEZ, Nancy. *La reforma agraria y las tierras mapuche*. 2002. p. 163.

Cabe consignar que en un primer juicio, los comuneros mapuche fueron absueltos, sin embargo dicho juicio fue anulado por la Corte Suprema debiendo ser llevado a cabo nuevamente. De acuerdo al máximo tribunal, el tribunal oral en lo penal no había declarado claramente sus motivos para rechazar las pruebas de la acusación, en flagrante contradicción con el principio de presunción de inocencia. Con posterioridad a la sentencia absolutoria el Sr. Figueroa comentó:

“En una sociedad, los ciudadanos renuncian a su derecho de la autodefensa, porque se la entregan al Estado... Sin embargo, cuando éste en el hecho no me la brinda y me deja en una situación de indefensión, indirectamente me está invitando a la justicia por mano propia... Yo personalmente no voy a transitar por esa vía. No voy a integrar patrullas de autodefensa, ni "policías trizanos", ni cosas semejantes, pero creo y me temo que haya personas con distinta orientación, con distinta formación o con distinta vivencia que puedan optar por ese camino.”

- ii. **René Urban Pagnard:** Agricultor dueño de alrededor de 33 Ha. distribuidas entre Santa Melania, Nilontraro, La Romana y Montenegro. Este último colinda con el fundo Alaska el que a su vez se enquistara en el territorio de las familias Millanao, Queipul, Curamil y Ñancuqueo que pertenecían a la jurisdicción del antiguo lonko Epuleo Coñomil²³¹, y que pasara finalmente a manos de la comunidad Temucuicui el año 2003, tras décadas de reclamaciones ante los juzgados de Indios desde 1930, sin olvidar la recuperación transitoria (1972-1974) durante la reforma agraria y perdida durante la Contrarreforma en dictadura²³².

Pese a que sus tierras fueron devueltas, la comunidad de Temucuicui siguió siendo víctima de excesos policiales y hostigamientos. Ahora las acusaciones en contra de comuneros provienen del Sr. Urban, cuyo predio se encuentra resguardado por un fuerte contingente policial, ubicado al interior del mismo predio. Cabe recordar que cerca de 1/5 de la dotación del contingente de tropas se hallan custodiando latifundios²³³. En este sentido, el diputado Sergio Aguiló (PPD) denunciaba en Julio de 2008 que: *"Es una provocación inaceptable. Esta presencia prácticamente militar, con tanquetas, micro, cascos, subametralladoras, fusiles, es algo que jamás había visto en mis tres períodos que llevo como parlamentario, y como presidente de la Comisión de Derechos Humanos"*.²³⁴ Situación esta última que es calificada por comuneros y defensores de los

²³¹ Ídem. p. 55.

²³² AYLWIN, José y CORREA, Martín, **Catastro de conflictos y demandas de tierras mapuche en la provincia de Malleco**. Corporación de Desarrollo Indígena (CONADI). Informe y antecedentes recopilados por comunidad. abril de 1995.

²³³ Misión Conjunta Asociación Americana de Juristas (AAJ), Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH). **Informe Sobre La Represión Y Criminalización Del Pueblo Mapuche En Chile**. Enero 2008. p. 16.

²³⁴ La Nación. 28 de Julio de 2008.

derechos indígenas como una verdadera **militarización** de las comunidades mapuche.

En efecto, a partir de 2004 el Sr. Urban ha emprendido diversas denuncias y acusaciones en contra de comuneros de Temucucui las que han resultado invariablemente infundadas, lo que no ha impedido que los comuneros pasen largos periodos en prisión preventiva. Entre las denuncias que se destacan están amenazas, robo, daños calificados entre otras. Todo lo anterior motivó la realización de una Misión Internacional de Observación sobre situaciones de violencia cometidas por instituciones del estado de Chile en contra del pueblo mapuche la que logró recabar testimonios sorprendentes²³⁵:

A las 12:15 PM de la tarde, la comunidad por Séptima vez ha sido allanada, en este nuevo allanamiento se pudo observar una gran contingencia de carabineros uniformados y civiles y un helicóptero que sobrevolaba los predio de la comunidad, además transportando carabineros, quienes de manera muy violenta ingresaron disparando, destruyendo los cercados, las puertas y ventanas, quedando totalmente destruidas las viviendas. Se pudo observar que en este nuevo allanamiento estuvo participando en la coordinación un fiscal y el particular Rene Urban, quien señalaba las casas que debían ser registradas...Queremos hacer un llamado al Gobierno a que detenga los hostigamientos y persecución a que son objeto los integrantes de nuestra comunidad, hemos hecho público nuestro malestar en todos los niveles de este país, pero aun no hemos obtenido signo de respuesta positiva, nos han acusado de cometer ilícitos, donde se han realizado investigaciones y nuestros hermanos han sido absueltos, estos demuestra que nada tenemos que ver en estas acusaciones.

La misión en comento constató en terreno que existe un “celo excesivo en la actuación del Ministerio Publico en investigaciones por supuestos delitos cometidos por los mapuche, en contraste con su pasividad en la investigación de los delitos cometidos por particulares en contra de ellos”. Así también comprobó in situ el

“uso de recursos de la ciudadanía para proteger intereses de particulares en clara desigualdad con los de otros sectores de la

²³⁵ **Misión Conjunta** Observatorio de Derechos de los Pueblos Indigenas, Centro de Investigacion y Promocion de los Derechos Humanos (CINORODH), Centro de Estudios Juridicos y Sociales de Bolivia (CEJIS), Ayuda Popular Noruega (APN), Centro de Estudios Legales, Argentina (CELS), Federación de estudiantes U. de Chile (Fech), Amnistia Intrnacional, Academicos U. de Chile, Academicos U. Central. **Informe de la misión internacional de observación de la violencia institucional en contra del pueblo mapuche en Chile. El Caso de la comunidad de Temu CuiCui.**

sociedad civil. Por ejemplo la disponibilidad de agentes de Carabineros para custodiar fundos privados".²³⁶

A pesar del trato diferenciado del que goza el Sr. Urban ha declarado que:

"a nosotros se nos niega la prosperidad, se niega avanzar. Mis hijos y yernos son profesionales, podrían desarrollarse en un campo excelente, pero no se puede. Este campo sería útil para nosotros y para mucha gente, con los cultivos se podría dar trabajo a un montón de personas."²³⁷

- iii. **Jorge Luchsinger:** Agricultor dueño de 238 Ha. en el Fundo Santa Margarita en Vilcún, el cual cuenta con protección familiar permanente. Agricultor y empresario lechero, dueño de alrededor de 238 Ha. en el fundo Santa Margarita el que, según datos proporcionados por CORREA²³⁸, fue constituido de manera ilícita, pues con anterioridad a la llegada de la Comisión Radicadora la familia Luchsinger se apropió indebidamente de tierras indígenas mediante la construcción abusiva de cercos ante la indefensión de los mapuche colindantes. Por tal razón durante el periodo de Reforma Agraria, si bien sus predios no fueron expropiados, fue obligado judicialmente a devolver alrededor de 70 Ha. a las comunidades vecinas.

Es interesante la posición de este colono en relación a la problemática indígena, en el sentido que reflejan con absoluta claridad la pretensión modernizadora, excluyente y racista que propugnan los sectores más acomodados de la sociedad. En efecto, el Sr. Luchsinger a declarado en una revista de circulación nacional que: *"El mapuche es ladino, torcido, desleal y abusador" "El indio no ha trabajado nunca." "El mapuche es un depredador, vive de lo que aporta la naturaleza, no tiene capacidad intelectual, ni tiene voluntad, no tiene medios económicos, no tiene insumos. No tiene nada".* En cuanto a la política de entrega de territorios a los indígenas su visión es tajante: *"¡Pero si no es posible!.. va a ser una miseria absoluta, porque ellos no trabajan. No se va a resolver el problema, no van a dejar de ser miserables. ¿Usted ha visto cómo están los campos que les ha comprado el Estado a través de la Conadi? ¡No queda nada, ni un árbol parado, no producen nada!"* 239

Cabe recordar que, justamente en su fundo fue muerto el joven mapuche Matías Catrileo el año 2008 por un arma disparada por Carabineros de Chile que se encontraban resguardando el fundo particular. Crimen que aún sigue sin responsables.

²³⁶ Ídem.

²³⁷ Fuente: sitio web: www.tiroalblanco.cl.

²³⁸ CORREA, Martín. ***El fundo Santa Margarita, su origen, historia y su relación con las comunidades mapuche vecinas y colindantes.*** Artículo disponible en línea en: www.observatorio.cl

²³⁹ Revista que Pasa. 18 de Junio de 2005.

Como se ha demostrado sobradamente, la distribución de fuerza y recursos es ostensiblemente desigual en la configuración del conflicto. Ante tal escenario, las comunidades Mapuche se encuentran no sólo rodeadas de un inmenso y ordenado bosque artificial que seca sus esteros y pozos, que contamina e impacta su núcleo religioso (la *Mapu*), y los asedia violentamente²⁴⁰. De la misma forma se encuentran ante la opinión pública. Un verdadero **cercos comunicacional**²⁴¹ se cierne sobre sus demandas, minimizando los conflictos existentes ante el potencial impacto a la imagen corporativa de las forestales y para la “imagen país” en el mercado internacional, dando una cobertura asimétrica de los acontecimientos victimizando industrias y particulares y estigmatizando a los indígenas como violentos o de “terroristas”²⁴².

No obstante lo anterior, la resistencia del pueblo mapuche es históricamente conocida. Su sobrevivencia varias veces centenaria así lo avala. De este modo, abordar el conflicto como un problema de pobreza planteando como solución la focalización de recursos mediante políticas asistencialistas en conjunto con una fuerte política represiva (o sea, violencia) es incorrecto tanto como inútil. Bien dice JOCELYN-HOLT cuando expresa que:

*a lo único que conduce combatir al mapuche es que éste responda combatiendo, y en este plano, me temo, son formidables. Ni ellos ni nosotros nos hemos impuesto bélicamente en casi cinco siglos. Militarizar el conflicto, por tanto, sólo nos lleva a tener que repetirlo todo de nuevo.*²⁴³

Así pues, vemos que en el ámbito internacional la sensibilidad por el tema indígena es cada vez más profunda, lo que se refleja en el desarrollo del derecho indígena en el campo de los derechos humanos. Así también, y ya en el ámbito nacional, es posible constatar un giro imperceptible, pero trascendental, en nuestras percepciones que da cuenta del éxito cultural del pueblo mapuche. Tal y como constata el historiador recién citado, en la actualidad para nadie resultan

²⁴⁰ TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. **Pueblo Mapuche. Derechos colectivos y territorio. Desafíos para la sustentabilidad democrática.** Programa Chile Sustentable. Santiago, Chile. 2006. p. 65. El 70% de las comunidades indígenas se encuentran bajo presión de las forestales, las cuales se sitúan en tierras que aún son reclamadas por los mapuche por diversos motivos (tierras ancestrales, títulos de Merced, tierras recuperadas durante la Reforma Agraria y despojados con posterioridad a 1973)

²⁴¹ Terminología utilizada por la activista mapuche, Patricia Troncoso (la Chepa), la que sólo luego de meses en huelga de hambre en la Prisión de Angol logró llamar la atención de los medios de comunicación, gracias en gran parte a la acción de la Iglesia Católica.

²⁴² El ejemplo más patente lo encontramos en la exigua información entregada por los medios de comunicación acerca de la muerte de dos jóvenes mapuche a manos de agentes del Estado (Carabineros de Chile), Alex Lemún en 2002 y Matías Catrileo en 2008, y cuyos autores siguen en la impunidad, en tanto las acciones de hecho emprendidas por mapuches son objeto de todo tipo de análisis, crónicas y reportajes.

²⁴³ JOCELYN-HOLT, Alfredo. **Arauco indómito.** Artículo publicado en Periódico Mapuche Azkintuwe. Año 5 n° 29 enero - febrero de 2008.

extraños los vocablos "rehue", "machitún", "winka", "longko" o "marichiweu". "¿A quién, hoy en día, - se pregunta JOCELYN-HOLT – se le ocurriría pensar, por ejemplo, que un canelo o una araucaria son árboles cualquiera, o que un "bosque nativo" es lo mismo que una "plantación forestal"?".

En este orden de ideas, no es de extrañar el resultado de la encuesta elaborada por la Universidad Diego Portales el año 2008²⁴⁴, la cual da cuenta acerca de la visión que tiene la sociedad chilena en su gran mayoría (73%) respecto del movimiento mapuche como un movimiento que busca **la recuperación de las tierras y el reconocimiento de las minorías indígenas**, identificando, del mismo modo, a los mapuche como el grupo social más discriminado (23% de las menciones). Factor que a su vez, reconocen como el principal origen del conflicto 26,3 %, junto con el problema de acceso a la tierra (21,9 %).

Finalmente, en cuanto a las soluciones del conflicto, un 34,6 % de los encuestados opina que se encuentra en la protección de su entorno natural, limitando la explotación de bosques y agua, contra un 26,7 % que considera implementar políticas específicas de superación de la pobreza en comunidades mapuches. Llama la atención, asimismo, el porcentaje de encuestados que optaría por otorgar autonomía política y soberanía a las comunidades mapuches (14,8 %), en tanto sólo un 5,8 % cree que la solución esta en controlar parcialmente a los activistas mapuches.

II. EL ALCANCE DE LA DEMANDA MAPUCHE POR SUS TIERRAS Y TERRITORIOS.

Como hemos visto en la introducción histórica a este trabajo, las comunidades mapuche del sur de Chile han sido despojadas de sus tierras ancestrales por medio de la guerra, la ley y la usurpación saneada por el tiempo. Tras la invasión de los territorios *mapuche*, el Estado ha desplegado un esfuerzo de colonización, reducción y asimilación manifestado en la voluntad de constituir la propiedad privada agrícola en sus nuevas posesiones, comenzando con la propiedad privada individual hasta llegar en nuestros días a la propiedad privada corporativa, sin perjuicios de ciertas concesiones colectivistas que ha desplegado a lo largo del tiempo²⁴⁵. De esta manera, el conflicto suscitado por esta usurpación y su

²⁴⁴ Cuarta Encuesta Nacional de Opinión Pública UDP 2008. Facultad de Ciencias Sociales e Historia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP. Tema V. Discriminación. Disponible en línea: <http://www.icso.cl/documentos/encuesta-2008/presentacion-final>.

²⁴⁵ La fuerza de la realidad obligó, ya en 1821 a dictar una ley especial sobre tierras de indígenas, procedimientos de venta y declaración relativa a los terrenos que deberían quedar a perpetuidad en poder de los indios, a la que seguirán otras tantas los siguientes dos centurias- [VALENZUELA REYES, Mylene, *La política indígena del estado chileno y la legislación mapuche*, Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1992 (actualizada al 2002), p. 13]. Esta cuestión continuó en el siglo XX, con la reducción de las familias a comunidades indígenas en función de mercedes de tierras. Después con la Reforma Agraria hubo un impulso colectivista, manifestado primero en cooperativas de producción y luego

respuesta reivindicativa puede ser visto desde un prisma jurídico como la imposición de una concepción de propiedad -la privada individual- sobre la otra, colectiva e indígena. Por ello resulta relevante determinar el contenido y alcance de esta última frente a la primera, para verificar las tensiones resultantes que podrían ayudar a comprender el secular conflicto territorial del *Wallmapu*²⁴⁶.

1. La Propiedad Privada y la Tierra Indígena.

La propiedad privada recogida por Bello en el Código Civil de 1855 -que rige la materia sin modificaciones importantes hasta la actualidad- define el dominio como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o derecho ajeno" (art. 582). Se trata por tanto de un derecho que se ejerce sobre una cosa sin respecto a determinada persona y que es de carácter absoluto, esto es, confiere a su titular amplias facultades sobre la cosa, de manera soberana, ilimitada e independiente. Así mismo, se trata de un derecho exclusivo -pues se radica en una sola persona, no pudiendo existir dos o más propietarios independientes sobre una misma cosa con iguales poderes sobre ella-, y de carácter perpetuo, pues no se extingue por el mero transcurso del tiempo ni por el simple desuso. Por otro lado, tradicionalmente se señala que la propiedad otorga tres potestades: la facultad de uso (*ius utendi*), que permite al propietario utilizar y servirse de la cosa; la facultad de goce (*ius fructendi*) que le permite beneficiarse con los frutos y productos de la cosa; y la facultad de disposición (*ius abutendi*) que le autoriza a disponer material y jurídicamente de la cosa, modificándola, incluso destruyéndola.

Las características de la propiedad privada -particularmente la perpetuidad y exclusividad-, además de su fuerte protección institucional en el orden estatal, hicieron que se convirtiera en una fórmula de defensa de la territorialidad indígena. Si bien siempre existió la posibilidad de titular la propiedad colectivamente, el liberalismo económico vio permanentemente en las comunidades de bienes trabas a la libre circulación de la riqueza, elemento clave para permitir la acumulación²⁴⁷. Por ello, pese a que el legislador tuvo que admitir la propiedad colectiva indígena, intentó constantemente liquidarla, adjudicando títulos de propiedad individuales. Con esto propició la concentración de la propiedad, y a la postre, favoreció la constitución de la propiedad corporativa en territorio mapuche.

reconociendo y fortaleciendo las comunidades indígenas, cuestión que fue revertida durante dictadura militar de Pinochet.

²⁴⁶ Voz que en *mapuzungun* quiere decir "todas las tierras" y es utilizada para designar el País Mapuche, que comprende las tierras al sur del Bío Bío, incluyendo las tierras occidentales (pampa argentina) o *Puelmapu*.

²⁴⁷ Bello entendía la traba en la circulación de bienes como contraria al interés social. Así lo señala en el Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil, [en línea], formato [html](http://es.wikisource.org/wiki/Mensaje_del_Ejecutivo_al_Congreso_proponiendo_la_aprobaci%C3%B3n_del_C%C3%B3digo_Civil_de_Chile), disponible en http://es.wikisource.org/wiki/Mensaje_del_Ejecutivo_al_Congreso_proponiendo_la_aprobaci%C3%B3n_del_C%C3%B3digo_Civil_de_Chile. En el mismo sentido MEZA BARROS, *op. cit.*, p. 137.

Por otra parte, el sistema de propiedad privada secciona el territorios en suelo, subsuelo y recursos naturales, permitiendo que su titularidad recaiga sobre diversas personas, lo que -como veremos- violenta la concepción indígena de sus territorios.

Estas dos cuestiones, socavaron la aptitud de la propiedad privada individual para describir integralmente la territorialidad indígena entendida como ámbito de autodeterminación, espacio de identidad y garantía de continuidad histórico-cultural de sus pueblos²⁴⁸, dando paso así a la reformulación de la reivindicación de las *tierras* hacia la reconstrucción de los *territorios*.

2. Territorio Indígena: más allá de la propiedad privada.

Por un lado, la reivindicación territorial indígena se explica por la natural necesidad de espacio para el desenvolvimiento de cualquier pueblo. Como señala con precisión el antropólogo mexicano Bonfil Batalla *“los pueblos, las sociedades con una cultura propia, requieren un territorio propio, un territorio sobre el cual puedan tomar decisiones, en el cual encuentren recursos suficientes para su sobrevivencia y desarrollo”*²⁴⁹. Y no sólo eso. Es en el territorio, en tanto espacio geográfico históricamente producido, donde converge *“el pasado común, la cosmovisión y... las relaciones sociales primordiales”* de los grupos humanos y ese es el sentido de la reivindicación territorial indígena²⁵⁰.

Sin embargo, es necesario atender a una segunda cuestión que da luces sobre la profundidad de la reivindicación indígena sobre sus tierras ancestrales. Nos referimos a la particular forma de percibir el mundo de los pueblos indígenas, en la que la comprensión de la totalidad como categoría esencial implica una vinculación mucho más estrecha con el entorno y en particular con la tierra. De este modo la concepción liberal de la propiedad sobre la tierra como privada e individual no responde al ideario indígena ni a su *“milenaria relación [con] su hábitat natural”*²⁵¹ que permite hablar del *“continuum de un pueblo y la naturaleza que le da vida”*²⁵² y comprender la estrecha relación que los vincula.

²⁴⁸ GARCÍA HIERRO, Pedro, *Territorios indígenas...*, pp. 279 y 283.

²⁴⁹ NAHAMAND, Salomón, *Violencia, violación de los Derechos Humanos, democracia y crisis económica en México*, citado en GRÜNBERG, Georg, *Tierras y Territorios Indígenas en América Central*, Revista Asuntos Indígenas, nº4, 2004, p. 7-8.

²⁵⁰ BELLO, Álvaro, *territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones*, en AYLWIN, José (Ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, IEl, Temuco, Chile, p. 98

²⁵¹ CHIRIF, et al., *El indígena y su Territorio*, 1991, p. 26, citado en Revista Asuntos Indígenas, número 4, 2004, p.4.

²⁵² GARCÍA HIERRO, Pedro, *op.cit*, p. 23

Por eso la fragmentación del hábitat, su regulación bajo estatutos diferenciados (derecho de aguas, derecho minero, derecho del medio ambiente, etc) y la asignación de la titularidad de su dominio en forma separada e individual resulta incomprensible y solo se explica por el creciente interés en su explotación.

Por otra parte, el territorio es producto de la interacción entre el espacio y la cultura, y en tanto tal, permite proyectar y afirmar la identidad propia en el ejercicio de los derechos de autodeterminación política, cultural y económica. A su vez, éstos implican disposición sobre los recursos naturales del territorio y sobre el paisaje mismo, entendido como reelaboración cultural de la naturaleza²⁵³.

En este sentido el territorio es más bien una propiedad colectiva *sui generis* que no es copropiedad ni ningún otro instituto jurídico reconocible; que contiene formas de tenencias que transitan entre lo colectivo, lo individual y lo *supracolectivo* (religioso, político); que recae sobre la integridad del espacio e implica derechos de antiguas y futuras generaciones. En este sentido, la tierra se vincula con el pueblo y no con un individuo determinado, del mismo modo en que el territorio de un Estado pertenece a él o los pueblos que lo constituyen y no puede ser enajenado. Se trata de un derecho político más que de un derecho civil, más de una cuestión de *imperium* que de *dominium*²⁵⁴. Sin embargo, como veremos más adelante, el territorio como hábitat necesario para la vida colectiva, el autogobierno y la reproducción cultural, no afecta necesariamente la integridad territorial del Estado, pues difiere del significado tradicional de *territorio*, vinculado a la soberanía nacional²⁵⁵.

Por otra parte, el valor cultural del territorio es diferente del valor comercial que le atribuye la sociedad occidental a la tierra en torno al cual se construye la figura de la propiedad privada. Las palabras del dirigente mapuche de la *Comunidad Autónoma de Temuicui* Rodrigo Huenchullán desde la clandestinidad, son elocuentes al respecto:

La tierra, el territorio, para nosotros no tiene un valor comercial, sino cultural, espiritual... Entonces ellos dicen 'Temucucui tiene el predio abandonado', pero si nosotros nos podemos dar cuenta tenemos el predio cada vez más recuperado, el predio se va recuperando paulatinamente, la vegetación, la diversidad de las especies que allí existen se van todas regenerando, están volviendo todas las vertientes y de esa manera nosotros estamos recuperando el predio. A lo mejor eso para las autoridades no tiene un valor económico, pero para nosotros los mapuches, para la comunidad, eso es la riqueza que tenemos... Nos estamos reconstituyendo territorialmente, culturalmente y

²⁵³ BELLO, Álvaro, *Op. cit.* p. 106.

²⁵⁴ GARCÍA HIERRO, Pedro, *Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho*, en SURRALLÉS y GARCÍA HIERRO (eds.), *Tierra adentro. Territorio y percepción del entorno*, IGWIA (documento n°39), Compenhage, 2004, p 280s.

²⁵⁵ BERRAONDO, Mikel, *op.cit.*, en BERRAONDO, Mikel, *op.cit.* p. 483.

espiritualmente, eso tiene un valor a lo mejor no económico ni comercial, pero para los mapuches tiene un valor muy importante porque ahí está la vida de nosotros, la vida de los niños, la vida de todos.²⁵⁶

Desconocer estas diferencias esenciales es suponer de hecho la superioridad intrínseca de una cultura, su forma de relacionarse con el entorno y su concepción de la propiedad sobre otra, al tiempo que implica un atentado contra los derechos individuales, en tanto el reconocimiento de la diferencia permite la generación de un contexto de sentido para las decisiones individuales y la configuración de la identidad²⁵⁷. La imposición unilateral de la concepción occidental de propiedad ha tenido consecuencias que pueden ser consideradas *etnocidas*²⁵⁸, las que no han podido evitarse con meras adaptaciones de la institucionalidad chilena a la especificidad indígena²⁵⁹.

*En definitiva, y como los mismo pueblos indígenas señalan constantemente la negación del derecho al territorio supone prácticamente la condena a la extinción cultural y a la asimilación en las culturas mayoritarias, puesto que sin la posibilidad de ejercer los derechos territoriales, resulta muy difícil poder desarrollar derechos de autogobierno y derechos culturales arraigados en la relación con la tierra*²⁶⁰.

²⁵⁶ Entrevista concedida al historiador Martín Correa. Consultada en línea [<http://www.elquintoinfierno.cl/2007/09/11/entrevista-desde-la-clandestinidad-con-rodrigo-huenschullan-cayul/>] el 8 de octubre de 2008. La **negrita** es nuestra.

²⁵⁷ Para la variante *comunitarista* del liberalismo, la vida buena supone la posibilidad de cada cual para dirigir su vida a partir de sus propias convicciones y de poder examinarlas constantemente a partir de la experiencia. Como las personas no toman sus decisiones ni las revisan *en el aire* -sino que lo hacen a partir de un contexto cultural o *cultura societal* que les da sentido a esas valoraciones-, la identidad colectiva -que es la que hace que un grupo de persona más o menos grande sea distinguible de los demás grupos de personas- es tan fundante de la autonomía como la identidad individual – o sea aquello que hace que una persona determinada sea la que es, diferente de las demás. En este sentido, si negamos el reconocimiento a una *cultura societal*, podemos estar produciendo una imagen distorsionada y despreciativa de la propia identidad individual en tanto esta tiene una *estructura dialógica* atada a la necesidad de reconocimiento (KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Piados, Barcelona, 1996). Por esto, la opción de proponer a las minorías que se sienten explotadas y marginadas-como los propios pueblos indígenas- la secesión, tampoco resuelve el problema.

²⁵⁸ En 1981, bajo los auspicios de la UNESCO, se realizó una declaración sobre etnocidio y *etnodesarrollo*. En ella se definió el etnocidio como la situación en la que se niega a un grupo étnico el derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. (*Declaración de San José, Reunión internacional sobre etnodesarrollo y etnocidio en América Latina organizada la UNESCO*, San José, Costa Rica, 7 a 11 de diciembre de 1981. En línea [http://www.geocities.com/tayacan_2000/analisisonu.html] [consultada el 15 de julio de 2005]).

²⁵⁹ Por ejemplo, la ley indígena, en su artículo 13 prohíbe la enajenación de tierras consideradas indígenas a individuos ajenos a la etnia, lo que supone una modificación relevante de las características del derecho de propiedad (limitando el derecho de disposición), pero que resulta insuficiente, ya que implica la adscripción individual de la tierra, bien lejano a la concepción de aquellos.

²⁶⁰ BERRANDO, Mikel, en BERRANDO, Mikel *op. cit.*, p. 472.

3. Del Territorio a la Autonomía.

A partir de la aspiración por ejercer el derecho político al territorio, en tanto encarna la idea de patrimonio colectivo absoluto, *transgeneracional*, indivisible, inapropiable, *indisponible* y autónomo en su administración, ha surgido la demanda por la autonomía, fundada en el derecho a la *autodeterminación* de los pueblos, que su vez se constituye como la *madre* de todas las reivindicaciones²⁶¹. Para los pueblos indígenas, como para cualquier pueblo, el derecho a la autodeterminación es el derecho matriz que contiene todos “*los derechos necesarios para ejercer realmente un control político y administrativo de sus territorios y recursos*”²⁶².

Como esbozamos más arriba, el derecho a la autodeterminación ha sido reivindicado por los pueblos indígenas bajo la fórmula de la autonomía, en tanto permite el control de sus instituciones, recursos, territorios y cultura sin interferencia externa y facilita la generación de relaciones con el Estado sobre la base del consenso. Se trata de un régimen político-jurídico acordado, que implica el reconocimiento de una comunidad política en el seno de la comunidad nacional, con un gobierno propio *autogenerado*, con competencia y facultades legislativas y administrativas al interior del territorio autónomo²⁶³. A diferencia de la concreción de la autodeterminación como soberanía (autodeterminación externa), que implica la separación de un pueblo del Estado para la formación de un nuevo Estado, la autonomía aparece como su concreción interna en tanto,

*facultad que posee, o que es reconocida, a una población o ente, para dirigir sin tutelaje extraño los intereses específicos de su vida interna, que puede expresarse en la creación de instituciones propias para los espacios donde se desarrolla*²⁶⁴⁻²⁶⁵.

El territorio autónomo es parte del Estado, pues por definición se da al interior de éste como forma de alcanzar la integración política del mismo a partir de relaciones horizontales (no subordinadas) entre éste y aquel, funcionando el Estado como gestor de intereses comunes y plurales. Se genera así un espacio

²⁶¹ APARICIO W., Macro, *El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 399.

²⁶² BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas ante la aplicación de los derechos humanos, recurso electrónico*, pdf, consultado en línea el 28 de enero de 2009 http://opencms3.udl.es:8080/opencms/galeria_down/2_Mikel_Berraondo_-_Pueblos_indigenas_ante_la_aplicacion_de_los_derechos_humanos.pdf, p. 18

²⁶³ DIEZ-POLANCO, *Autonomía Regional...*, pp. 151

²⁶⁴ CHÁÑAME, Raúl, *Diccionario Jurídico Moderno*, editorial San Marcos, Lima 1995, citado en GARCÍA HIERRO, *El enfoque territorial...*, p.17.

²⁶⁵ La distinción entre autodeterminación externa e interna la tomamos de Javier Ruipérez, citado por LÓPEZ BÁRCENAS, Franciso, *op. cit.*, p. 432. En todo caso, cabe señalar que el movimiento indígena los toma como sinónimos, ya que “soberanía” sería la denominación que los pueblos indígenas de Norte América usan para referirse a la “autonomía”, concepto usado por el resto de los pueblos indígenas del continente. Sobre este asunto, ver el punto 2 (Proyecto Político) de la Declaración de Quito (1990).

político para ejercer los derechos históricos, sociales, económicos y culturales de un pueblo que aspira a concretar políticamente su diferencia dentro del Estado-nación, permitiendo su continuidad histórico-cultural en un marco que supere el actual estado de conflictividad y opresión²⁶⁶.

Los derechos colectivos específicos que se reconocen, el ámbito territorial de su ejercicio, la distribución de competencias en relación a las del Estado y las demás cuestiones relativas a la implementación de este estatuto jurídico dependerán de las circunstancias específicas en que se establezca la autonomía territorial indígena²⁶⁷. En todo caso, ésta pretende el reconocimiento de legítimos derechos históricos de los pueblos indígenas y no la creación de privilegios, castas ni guetos étnicos²⁶⁸. Por ello, y para asegurar las garantías individuales, dicho estatuto debe fundarse en la solidaridad y fraternidad entre los diferentes grupos étnicos; la igualdad de trato entre los ciudadanos independiente de su adscripción étnica y la igualdad entre los grupos étnicos.

Como se ve, la autodeterminación no siempre lleva a la secesión, sino que puede ser interna sin afectar las relaciones externas ya establecidas, o sea, se refiere a las formas de organización política y económica de un pueblo. Es más, la autonomía entendida en el sentido arriba esbozado, refuerza la cohesión social, pues permite resolver las tensiones que provoca la negación de la diversidad. Justamente, los pueblos indígenas apelan a la autonomía como modo de permitir y mantener una convivencia política en un marco de unidad diferenciada²⁶⁹.

De esta manera, los Pueblos Indígenas han contribuido decisivamente a superar la idea asentada en torno a la necesaria mediación estatal para el ejercicio del derecho de autodeterminación, en función de una supuesta superioridad del Estado como forma de organización política. Así se ha potenciando la posibilidad de que los propios pueblos en tanto tales se constituyan -con sus estructuras políticas y sociales- como comunidad política para sí y por sí.

Estos desafíos han sido complejos no sólo por las dificultades intrínsecas del ejercicio de derechos autonómicos, sino fundamentalmente por la negativa de los Estados a reconocerlos y a adaptar su institucionalidad de manera de permitir y facilitar su ejercicio. Sin embargo, los pueblos indígenas no están solos. La legitimidad de sus aspiraciones no sólo les ha granjeado la simpatía de amplios sectores de la sociedad en que están inmersos, sino que también han logrado el reconocimiento de diferentes ordenamientos estatales y fundamentalmente del derecho internacional de los derechos humanos.

²⁶⁶ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Op. Cit.*, p.98ss.

²⁶⁷ DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía Regional...*, p. 153-157.

²⁶⁸ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.* p. 116.

²⁶⁹ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p. 162. En el mismo sentido ANAYA, James, *Los derechos de los Pueblos Indígenas*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *op. cit.*, p. 37.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En la parte anterior vimos cómo la tensión entre la concepción occidental de propiedad privada sobre la tierra y el entendimiento indígena del territorio resulta clave para comprender las causas del secular conflicto en el sur del país. Corresponde ahora revisar de qué manera el ordenamiento jurídico internacional ha acogido gradualmente los derechos reivindicados por los pueblos indígenas - particularmente sus derechos autonómicos y territoriales- cuyo ejercicio hoy en Chile les ha significado la persecución penal a través de legislación de excepción.

1. Los indígenas como Pueblos.

Durante décadas, el carácter de pueblos de los indígenas y sus comunidades fue negado tanto por los Estados en que habitaban como por la comunidad internacional²⁷⁰. El sistema internacional tendió a incorporarlos en el concepto de minorías étnicas, reconociéndoles el derecho a *“a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*²⁷¹. Sin embargo, a partir de los años 70's, este tratamiento a ser fuertemente cuestionado, no sólo por los propios indígenas, sino también destacados académicos y por diversos foros internacionales incluidas las propias Naciones Unidas. De hecho, el Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas Miguel Martínez Cobo, en un informe que le tomó cerca 12 años completar señaló que *“no he podido hallar argumento jurídico suficiente para que pueda defenderse la idea de que los indígenas han perdido su personalidad indígena internacional como naciones/pueblos”*²⁷².

La trascendencia de esta disputa se refleja en el consenso alcanzado a finales de la década de los 80's, mediante la suscripción del Convenio 169 de la OIT. Este alude directamente a los pueblos indígenas como sujeto de los derechos que reconoce, sin embargo restringe la utilización del término *“pueblos”* en cuanto este *“no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”*²⁷³. De esta manera los Estados buscaron ponerse a resguardo de eventuales reivindicaciones separatistas, cercenándoles de paso a los pueblos indígenas su personalidad internacional²⁷⁴.

²⁷⁰ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los derechos de los Pueblos Indígenas: esperanzas, logros y reclamos*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *op. cit.*... p. 25.

²⁷¹ Artículo 27 del PDCP.

²⁷² Documento E/Cn.4/Sub.2/1999/20-22 de junio de 1999, párrafo 265.

²⁷³ Artículo 1.3 del Convenio o169 de la OIT.

²⁷⁴ ANAYA, James, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 34.

La inconsistencia de este tratamiento diferenciado de los indígenas en tanto pueblos fue haciéndose evidente al calor de las constantes denuncias de los movimientos indígenas a través del mundo. La flagrante contradicción que ello implicaba en relación a los principales pactos de derechos humanos se hizo manifiesta. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al evacuar sus observaciones al Quinto Informe Periódico presentado por el Estado de Chile en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos fundó su recomendaciones relativas a la situación del pueblo mapuche en el artículo 1 párrafo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁷⁵. Esta norma reconoce expresamente que “*todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación...En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus medios de subsistencia*”. De esta manera el organismo de Naciones Unidas estableció que los *mapuche* son un pueblo como cualquier otro, y que por lo tanto tienen los derechos que el derecho internacional les reconoce a estos actores.

Este desarrollo -cuyo itinerario es mucho más largo de lo que aquí esbozamos-culminó con la firma por más de 140 Estados -incluyendo a Chile- de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de la Asamblea General de Naciones Unidas. Este instrumento internacional despeja la cuestión en su artículo 1° señalando que,

los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

Más aun, el instrumentos despeja todas las dudas y pone fin a décadas de discusión al señalar expresamente en su artículo 2° que: “*Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos y tienen el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación desfavorable fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas*”²⁷⁶.

Cabe recordar que de acuerdo a los dos principales Pactos de derechos humanos el primer derecho de los pueblos es el derecho a la autodeterminación de los pueblos²⁷⁷. En función de esta igualdad entre los pueblos es que la Declaración

²⁷⁵ Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Abril 2007, párr. 19

²⁷⁶ La **negrita** es nuestra.

²⁷⁷ Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos y Sociales tienen como artículo 1° el siguiente: “*Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural*”.

constata que *“los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*²⁷⁸. Sólo de esta manera podía resolverse en forma consecuente la cuestión del reconocimiento del carácter de pueblos de los indígenas. Así, estos pasaron a ostentar la titularidad de los derechos colectivos que a aquello corresponden, esto es, el derecho a la libre determinación y consiguientemente, el derecho a *“disponer libremente -en tanto pueblos- de sus riquezas y recursos naturales”*²⁷⁹.

La claridad del texto de la Declaración y su consistencia con los principios más elementales del derecho internacional de los derechos humanos es incontestable. Por ello, el Convenio 169 debe ser reinterpretado a la luz de este nuevo instrumento que viene a cristalizar la costumbre internacional en la materia²⁸⁰. Esto se ve reafirmado por el propio Convenio que en su artículo 35 establece que

*[l]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio **no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales***²⁸¹.

De hecho, ha sido la propia OIT -aun antes de la firma de la Declaración- la encargada de aclarar que no es de su competencia decidir los alcances de este término en el derecho internacional y que en definitiva *“no hay ninguna disposición en el Convenio núm. 169 que sea incompatible con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autodeterminación”*²⁸². Como se aprecia, la OIT superó sus titubeos iniciales en esta materia, alinéandose con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin perjuicio de esto, la Declaración aclara que

²⁷⁸ Artículo 3 DDPI. La **negrita** es nuestra.

²⁷⁹ Art. 1.2 Pacto de Derechos Políticos de Naciones Unidas.

²⁸⁰ El entendimiento de la DDPI como cristalización del el derecho consuetudinario internacional de derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas está avalada por el propio Relator Especial de NN.UU para Pueblos indígenas, quien al momento de aprobarse la declaración señaló que, *la Declaración refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas, tal y como vienen siendo progresivamente reconocidos en numerosos países así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos* (STAVENHAGEN, Rodolfo, *La adopción de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, un momento histórico para los derechos humanos (Mensaje del Relator Especial de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas)*, [el línea], formato html, disponible en internet en [http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/6B74CFC18196996EC12573560049630F?opendocument].

²⁸¹ La **negrita** es nuestra.

²⁸² *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo, p. 13.

[n]ada de lo señalado en la presente Declaración... se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes²⁸³.

Con ello se confirma que la forma de ejercer la autodeterminación por parte de los pueblos indígenas es la autonomía en el sentido indicado en el apartado anterior. Esto constituye en sí mismo un ejercicio de autodeterminación, pues han sido ellos mismos los que han reivindicado este régimen político, jurídico y administrativo.

2. Autodeterminación y Autonomía.

La cuestión del reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos de derecho siempre ha causado temor en los Estados donde habitan pues implica reconocerles el derecho a la autodeterminación. Sin embargo, hemos visto que los pueblos indígenas reivindican su propia concreción del derecho a la autodeterminación, el cual se expresa en la autonomía, cuyo ejercicio es plenamente compatible con la vigencia del Estado de Derecho.

Esta reivindicación fue recogida en el Preámbulo del Convenio 169 de la OIT que reconoce *“la aspiraciones de estos pueblos [indígenas] a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico...dentro de los Estados en que viven”*. En el articulado mismo de este tratado internacional no hay menciones explícitas al derecho a la autonomía, aunque indirectamente se refiere a él el artículo 7.1 que establece que

*[l]os pueblos interesados deberán tener el derecho de **decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo...** y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, **en la medida de lo posible**, su propio desarrollo económico, social y cultural.²⁸⁴*

Esta falta de un reconocimiento expreso indubitado de la autonomía indígena en el Convenio 169 del OIT es superada por con la aprobación de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas. Ésta, en su artículo 4° señala que,

*[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, **tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales**, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas²⁸⁵.*

²⁸³ Artículo 46.1 DDPI.

²⁸⁴ La **negrita** es nuestra.

²⁸⁵ La **negrita** es nuestra.

Esta solemne declaración se concreta y especifica en el artículo 5° del mismo instrumento que establece que:

*[l]os pueblos indígenas tienen derecho a conservar y **reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales**, manteniendo a la vez su derecho a **participar plenamente, si lo desean**, en la vida política, económica, social y cultural del Estado²⁸⁶.*

Por otra parte, el Convenio 169 reconoce derechos derivados del ejercicio de la autonomía como el de consulta previa libre e informada y el derecho a la participación igualitaria en la vida nacional, especialmente en relación a las decisiones que los afecten.

El derecho a la consulta previa, libre e informada está consagrado a propósito de diferentes materias a lo largo del Convenio²⁸⁷. El artículo 6.1 establece que los gobiernos deberán, al aplicar las disposiciones del Convenio,

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Estamos ante una obligación internacional para los Estados que va más allá de simples actos de información. Se trata de procesos de consulta que deben **“efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”²⁸⁸**. El Concejo de Administración de la OIT ha desarrollado los criterios orientadores de la consulta a la que los diferentes poderes del Estado están obligados, señalando que

*el espíritu de consulta y participación constituye la esencia del Convenio 169 (párrafo 36 de la decisión); la consulta comporta el establecimiento de un **diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicaciones y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo...**; se exige la participación libre y plena en todas las fases de los procesos y **que la consulta se realice de manera previa a la adopción de decisiones**²⁸⁹.*

Este derecho a la consulta -que constituye un primer eslabón para el ejercicio de la autonomía- se ha entendido como algo distinto al derecho al consentimiento y

²⁸⁶ La **negrita** es nuestra.

²⁸⁷ Esta se reconoce en los artículos 15.2 (frente a la explotación de recursos naturales); 17 (capacidad de enajenar); 22 (programas especiales de formación)

²⁸⁸ Artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT.

²⁸⁹ BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas ante...*, op. cit., p. 22

sólo el primero estaría consagrado en el Convenio²⁹⁰. La consulta obligaría al Estado a recabar la opinión de los pueblos indígenas afectados, pero sin quedar vinculado por ello, mientras que en segundo caso, si bien el Estado decide, tiene como requisito *sine qua non* obtener la aceptación de aquellos para ejecutarlas. La Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas reconoce este derecho al consentimiento libre, previo e informado en forma expresa y categórica, pues es la fórmula adecuada para hacer efectiva la autonomía que ella misma reconoce²⁹¹. Dice la Declaración en su artículo 19 que

*[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, **para obtener su consentimiento libre, previo e informado.***

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado un camino intermedio, fundado el derecho al consentimiento previo en el derecho a la cultura y no en la autodeterminación²⁹². En un reciente fallo ha establecido que los Estados están obligados obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas que puedan verse afectados por un proyecto de desarrollo de alto impacto que *“implique una denegación de su subsistencia como pueblo”*²⁹³.

La consolidación del derecho al consentimiento previo se verifica también en otros ámbitos. A modo de ejemplo el informe de la Revisión de las Industrias Extractivas del Banco Mundial recomendó que dicha institución reconozca y respete el derecho al consentimiento libre, previa e informado como exigencia en los proyectos que financia²⁹⁴. Esto demuestra el grado de consenso que existe en la materia y refuerza la idea de que estamos ante derecho consuetudinario internacional.

²⁹⁰ Inicialmente, los órganos de control de la OIT han limitado este derecho en cuanto señalan que el deber estatal de llevar a cabo *“procedimientos apropiados”* debe entenderse *“con referencia a la finalidad de de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logro o que se obtenga el consentimiento”* (Concejo de Administración de la OIT, 289a reunión de 2004, *Reclamación presentada en virtud del artículo 23 de la Constitución de la OIT*, México, GB.289/17/3, párr. 89, Citado en YRIGOYEN Raquel, *Tomando en serio y pensando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*, recurso electrónico, p. 9). El Tribunal Constitucional chileno, en las dos revisiones que ha hecho del Convenio 169, también ha considerado el carácter obligatorio de las consultas pero su efecto como no vinculante. Sin embargo, en las dos ocasiones en que el Convenio fue sometido a su control, el TC omitió cualquier referencia al derecho internacional, pese a que por lo menos en la segunda revisión, ya estaba vigente la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas.

²⁹¹ GÓMEZ, Magdalena, *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 143s.

²⁹² YRIGOYEN Raquel, *ídem*.

²⁹³ Corte Interamericana, caso *Saramaka vs. Surinam* (2008), párr. 128

²⁹⁴ BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas ante...*, *op. cit.*, p. 24.

Otra cuestión implicada en el ejercicio de la autonomía es el derecho a la participación. Éste ha sido recogido en el Convenio 169 como derecho a participar libremente y en todos los niveles en la adopción de decisiones que afecten a los pueblos indígenas y sus comunidades²⁹⁵. De esta manera la participación es entendida como una forma de intervenir directamente en la toma de decisiones, que supera la obligación estatal de consulta²⁹⁶.

Parte de la autodeterminación concretada en autonomía es el derecho a aplicar en los territorios indígenas su derecho consuetudinario. Esto fue reconocido a los pueblos indígenas por el Convenio 169 *“siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”*²⁹⁷. Hoy se discute este reconocimiento doblemente limitado, pues al condicionar la vigencia del derecho propio a la compatibilidad con el *“sistema jurídico nacional”*, queda el primero subordinado a éste, evidenciando la persistencia de cierta pretensión de superioridad de las modalidades occidentales de resolución de conflictos. Por su parte, el límite constituido por los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos es aplicable también a la soberanía estatal, por lo que no puede entenderse como una subordinación en el sentido arriba apuntado.

3. Derechos Territoriales.

Anteriormente en este trabajo intentamos describir la demanda territorial indígena como algo distinto a la simple reivindicación de tierras. Esto porque la noción de territorio tiene un alcance más amplio que la de tierra. Comprende aspectos que van más allá del entendimiento de la tierra como superficie productiva, e incluye el subsuelo y los recursos que se encuentran en él. En este sentido, los derechos territoriales involucran derechos políticos, en tanto permiten la autodeterminación concretada en autonomía, y el consiguiente control sobre los recursos naturales, las decisiones de inversión y desarrollo e incluso el ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria.

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido paulatinamente este derecho al territorio a través de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos -generales y específicos- y su interpretación jurisprudencial, especialmente la que ha llevado a cabo la Corte Interamericana de Derechos. A

²⁹⁵ Art. 7.1 Cº169. Además se refieren a ésta los artículos 15 (conservación y administración de recursos naturales); 22 (elaboración de programas especiales de formación); 23 (fortalecimiento de actividades tradicionales); 25 (administración de servicios de salud); 27 (formulación y ejecución de programas de educación). La **negrita** es nuestra.

²⁹⁶ YRIGOYEN Raquel, p. 10.

²⁹⁷ Art. 9.1 Cº 169. también reconoce parcialmente la jurisdicción penal *“en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”* y se ordena a *“las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”*

continuación revisaremos algunos de los elementos más relevantes de este *corpus normativo*, que se constituye como un *bloque internacional de derechos*, en tanto limita el ejercicio de la soberanía estatal de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República²⁹⁸.

El artículo 13.1 del Convenio 169 establece que los estados deben respetar la importancia especial que para los pueblos indígenas tiene la tierra y el territorio, entendidos como *“la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera”*²⁹⁹. El Convenio agrega que debe reconocerse el derecho de propiedad y posesión que les corresponde sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y debe garantizarse la posibilidad de utilizar las tierras a las que históricamente han tenido acceso, aunque no estén exclusivamente ocupadas por ellos³⁰⁰. Por su parte la Declaración de Naciones Unidas en su artículo 26.1 establece el derecho de los Pueblos Indígenas a *“las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”*, incluyendo de esta manera no sólo que *“tradicionalmente ocupan”* si no también respecto de aquellas que han sido desposeídos ilegítimamente³⁰¹. Esta idea se refuerza con el contenido del artículo 28 que establece el

*derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado*³⁰².

Por otra parte, el Convenio 169 establece el deber del Estado de garantizar procedimientos adecuados para demarcar las tierras indígenas, establecer mecanismos para evitar que no indígenas se apropien de sus tierras y que permitan resolver las reivindicaciones de tierras indígenas en el marco jurídico nacional³⁰³. En el mismo sentido, la Declaración establece que el reconocimiento y protección jurídica sus territorios y recursos deberá respetar *“debidamente las*

²⁹⁸ La norma citada establece que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. El entendimiento democrático de la primera parte de la norma, permite incorporar como límite a la soberanía el *ius cogens* en tanto *derechos que emanan de la naturaleza humana*, del cual la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas es una cristalización. La segunda, incorpora a los tratados internacionales de derechos humanos como los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, Económicos y Sociales y el propio Convenio 169 de la OIT.

²⁹⁹ Artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT (C°169).

³⁰⁰ Art. 14.1 C°169.

³⁰¹ La **negrita** es nuestra.

³⁰² La **negrita** es nuestra.

³⁰³ Art. 14 C° 169.

costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

De acuerdo al Convenio, el derecho que los Pueblos Indígenas tienen sobre sus tierras comprende expresamente el derecho “*a participar en la utilización, administración y conservación*” de los recursos naturales allí existentes³⁰⁴. La Declaración por su parte, en forma consecuente con el derecho a la autodeterminación de los pueblos que reconoce inequívocamente, amplía este derecho al reconocer su

*derecho a **poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos** que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma*³⁰⁵.

En cuanto a los recursos del subsuelo que el Estado reclama para sí en territorio indígena, el Convenio 169 establece que aquel queda obligado a consultar a los pueblos afectados antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación, y debe hacer partícipe a los pueblos indígenas de los beneficios de la inversión, “*siempre que sea posible*”³⁰⁶. Esta limitación del Convenio es superada con la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas, pues reconoce el derecho al consentimiento libre, previo e informado sin excepciones, como vimos al tratar el reconocimiento de la autonomía indígena en el derecho internacional.

Cabe señalar que el Convenio establece el derecho de los pueblos indígenas a no ser trasladados de las tierras que ocupan sin su consentimiento libre y dado con pleno conocimiento de causa³⁰⁷. En todo caso, podría entenderse que en ciertos casos la reubicación está permitida aun contra la voluntad de los pueblos interesados, pues alude a las situaciones en que la reubicación sea inevitable, siempre debe considerar la opinión de los pueblos³⁰⁸. Sin embargo la Declaración cierra esta posibilidad en cuanto reconoce un derecho fuerte a no ser desplazados por la fuerza y establece que “[n]o se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”³⁰⁹.

El año 2001 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la sentencia en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni de la Costa Atlántica vs. Nicaragua (2001)*, la cual fundó una argumentación evolutiva de los derechos reconocidos en los principales pactos de derechos humanos que ha permitido

³⁰⁴ Art. 15.1 Cº 169.

³⁰⁵ Art. 26.2 DDPI

³⁰⁶ Art. 15 Cº 169.

³⁰⁷ Art. 16.1 Cº 169

³⁰⁸ Art. 16.2 Cº 169.

³⁰⁹ Art. 10 DDPI

consolidar el estándar de derechos de pueblos indígenas, actualmente recogido en la Declaración de Naciones Unidas³¹⁰. Particularmente, incluyó en la garantía que protege la propiedad el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad comunal, entendiendo que aquella “*protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal*”³¹¹. De esta manera, la Corte reconoció la propiedad ancestral indígena y la fundó no en el reconocimiento oficial del Estado sino en el uso y posesión tradicional que de ellas tuvieren los pueblos indígenas y en la particular relación de éstos con sus tierras y territorios³¹². De hecho, en sentencias sucesivas la Corte ha señalado que,

*la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus **territorios tradicionales** y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, **deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana***³¹³.

O sea, la Corte ha reafirmado que la protección del derecho de propiedad en el sistema interamericano –y por extensión en nuestro propio derecho interno– incluye la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales y sus recursos naturales. Entenderlo de otra manera “*significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas*”³¹⁴.

Por lo mismo, restringir el alcance de la garantía señalada implicaría poner en jaque la supervivencia de los indígenas como pueblos organizados, conculcando con ello derechos colectivos garantizados por el ordenamiento internacional. En este sentido la Corte ha dicho en el caso *Yake Axa* que:

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos

³¹⁰ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigni* vs. Nicaragua (2001), párr. 146; *Yake Axa*, pár. 125

³¹¹ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigni* vs. Nicaragua (2001), párr. 148.

³¹² *Ídem*, párr. 151.

³¹³ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Yake Axa* vs. Paraguay (2005), párr.137. En el mismo sentido pero aludiendo a las tierras tradicionales ver Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigni* vs. Nicaragua (2001), párr. 149 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad *Sawhoyamaxa* vs. Paraguay (2007), párr. 121. En todos los casos la **negrita** es nuestra. También la sentencia CIDH, Caso de la Comunidad *Yake Axa* vs. Paraguay (2005) establece que “[l]os Estados deben tener en cuenta que **los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado**, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” (párr. 146). La **negrita** es nuestra.

³¹⁴ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Sawhoyamaxa* vs. Paraguay (2007), pár, 120.

básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.³¹⁵

Y continúa la Corte señalando que ,

*la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque **su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra***³¹⁶.

Por las mismas razones que la Corte ha reconocido y protegido los territorios indígenas, ha hecho lo propio respecto de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio, pues de otra manera “*el derecho a usar y gozar de su territorio carecería de sentido*”³¹⁷. Así estableció que el derecho al territorio incluye “*administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales*”, confirmando de esta manera lo establecido en la Declaración de Naciones Unidas³¹⁸.

También esta argumentación ha permitido alterar las reglas sobre posesión y prescripción civiles, en función de los derechos en juego. La Corte ha dicho que mientras los pueblos indígenas sigan sustentando su identidad espiritual y materialmente en su relación con la tierra, mantendrán su derecho a la reivindicación de sus tierras, más allá de la aplicación de los plazos de prescripción de las acciones reivindicatorias del derecho común³¹⁹.

De la misma manera, la Corte ha sido consistente con toda la argumentación anterior al reconocer el derecho de propiedad que las comunidades indígenas ostentan sobre sus territorios, aun en los casos en que han sido despojados, habiendo perdido la posesión sin su consentimiento. Señala la Corte que,

*los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, **tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.***³²⁰

³¹⁵ Corte Interamericana, Caso *Yake Axa vs. Paraguay* (2005), párr. 147.

³¹⁶ *Ídem*, párrafo 120 letra c. La **negrita** es nuestra.

³¹⁷ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 122.

³¹⁸ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 194 c).

³¹⁹ Caso *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2007), párr., 131.

³²⁰ CIDH, Caso *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2007), párr., 130. También párr 128.

Aun en caso de que esas tierras se encuentren en manos de terceros poseedores de buena fe, las comunidades indígenas mantienen el derecho a que “se les devuelva sus tierras tradicionales”³²¹.

De esta manera la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido una interpretación del derecho a la propiedad que incluye 1) el derecho a la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, incluyendo sus elementos incorporales y los recursos naturales incluidos en aquellos; 2) el derecho de los indígenas a reivindicar las tierras de las que hayan sido despojados sin su consentimiento, mientras mantengan con ella sus vínculos particulares y subsidiariamente a obtener otras de igual valor con su consentimiento; 3) la ausencia de posesión material en sentido civilista no condiciona el derecho a recuperar sus tierras ancestrales; y 4) las dificultades para comprender el sistema de posesión de la tierra de las comunidades indígenas no constituyen un obstáculo insuperable para que los Estados cumplan con sus obligaciones³²².

Por otra parte, la Corte ha ido más allá al fundar el derecho a de los pueblos indígenas a sus recursos naturales no sólo en el derecho a la propiedad entendido evolutivamente, sino como corolario de su derecho a la autodeterminación. Así es como ha recogido los principios que fundan la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de NN.UU. En la sentencia de 2007 del Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam, recordó que el Comité de sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NN.UU ha establecido que el artículo 1 de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es aplicable a los Pueblos Indígenas y que

en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de ‘sus propios medios de subsistencia’³²³.

³²¹ *Ídem*, párr., 130. También párr. 135. En caso que el existan motivos objetivos y fundamentados que impidan proceder a devolverles sus tierras tradicionales a las comunidades indígenas, “el Estado deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión” (*Ídem*, párr., 130. También párr. 128.)

³²² Sobre esta última cuestión ver Corte Interamericana, Caso *Saramaka* vs. Surinam (2007), párr. 101.

³²³ Corte Interamericana, Caso *Saramaka* vs. Surinam (2007), párr. 93.

CAPÍTULO III: BIOPOLÍTICA Y CONTROL SOCIAL EN LAS COMUNIDADES

En el caso de la relación existente entre el pueblo mapuche y el Estado de Chile, los intereses propios de la gestión gubernamental se despliegan a través de las instituciones estatales que intentan generar un campo asistencial suficientemente eficiente para sobrepasar el conflicto, en función de entregar la ayuda necesaria para la reproducción de una forma de vida específica. De esta manera, la administración biopolítica del cuerpo social implica la producción de dispositivos burocráticos capaces de dar cobertura a la totalidad de la población que habita el territorio chileno, incluyendo a los mapuche.

Tanto en términos legales, como en relación a la administración y las políticas públicas, los *mapuche* son considerados por el Estado como una parte de la población chilena conformada por *individuos de origen mapuche* y no como pueblo diferenciado pero integrante de la nación. Es en esta dimensión de individuos en la que son considerados como sujetos de los derechos constitucionalmente garantizados.

La consideración del mapuche como ciudadano chileno implica la producción de instancias burocráticas que administran a la manera que lo hacen con el resto de la población. De esta manera, las diferencias socioculturales que marcan una forma de vida distinta a la dominante -que incluso puede ser contradictoria con las exigencias de la sociedad de mercado chilena- son homogeneizadas en función de las curvas estadística que operan normalizando aquellas formas subjetivas.

Estos dispositivos burocráticos corresponden a distintas organizaciones programas y políticas de bienestar social y conservación cultural específicas, destinadas a tratar las materias indígenas. El eje articulador de esta estrategia corresponde a la CONADI y los convenios que establece con organismos como SERCOTEC, INDAP, SERNATUR, MINTRAB, entre otras.

Paradójicamente, el Estado de Chile ratificó el Convenio N° 169 de la organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual entró recientemente en vigor. Éste reconoce una serie de derechos colectivos a los indígenas considerados como pueblos, entendiendo que éstos son los conformados por descendientes de aquellos que habitaban en el país antes de la formación de los estados nacionales, que conservan al menos parte de sus instituciones propias y que se *autoidentifican* como tales³²⁴. Esto supone un giro en el tratamiento jurídico institucional que el Estado debe darle a los pueblos indígenas, pues con la ratificación de este instrumento, ingresa al sistema jurídico el estándar internacional de derechos de pueblos indígenas como límite al ejercicio de la soberanía del Estado, el cual les reconoce su carácter de pueblos y su

³²⁴ Artículo 1.1 letra b) y 1.2

consiguiente derecho a la autodeterminación concretada en autonomía territorial³²⁵.

A continuación revisaremos algunos elementos que permiten visualizar cuál es la representación existente del mapuche para el Estado chileno, a través de los dispositivos jurídicos y burocráticos que dan forma al control biopolítico que se establece sobre ellos.

I. VINCULACIÓN JURÍDICA DEL ESTADO CON EL PUEBLO MAPUCHE COMO LINEAMIENTO GENERAL DE LA INTERVENCIÓN

Hasta la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, las relaciones entre el Estado y el pueblo mapuche se rigieron por la Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253, que entró en vigencia en el año 1993 y cuyo objetivo fue regularizar y dar un tratamiento jurídico específico a los pueblos indígenas en Chile.

Siguiendo a WASSERMAN, dentro de los elementos relevantes en la ley cabe destacar tres puntos: El estatus jurídico de los indígenas, La situación de las comunidades y las conformaciones territoriales indígenas³²⁶.

1. El estatus jurídico de los indígenas.

Según la ley 19.253 en su artículo N° 1 Inc., primero: “*El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura*”. Según esto, se reconoce explícitamente la preexistencia de los pueblos indígenas respecto del Estado de Chile. Además, la norma establece la especial identificación que tienen con sus tierras. Sin embargo, la redacción de la misma y su aplicación práctica por medio de la política de tierras de CONADI ha vaciado de contenido este reconocimiento, al entender “*la tierra*” como cualquier retazo susceptible de ser explotado, y no como la totalidad de los territorios que conformar el *habitat* de los pueblos indígenas ocupan de alguna manera³²⁷. En definitiva, obvia el hecho de que los pueblos indígenas, y particularmente el pueblo mapuche, se relacionan de forma especial con *sus tierras* y no con cualquiera otra. Por otra parte, la Ley impone como condición la conservación de manifestaciones culturales y étnicas para ser

³²⁵ AYLWIN, José, *et.al*, *Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile*, Observatorio Ciudadano, Documento de Trabajo N° 10, 2009.

³²⁶ WASERMAN, D. *Biopolítica y Mapuche*. Tesis para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (en proceso de evaluación). Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.

³²⁷ Así define la tierra indígena el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13.2.

identificados como tal; en este sentido el reconocimiento a los pueblos indígenas no se encuentra basado en la actualidad y dinamismo cultural de éstas.

Comprender el alcance de este artículo implica vincularlo con la falta de reconocimiento constitucional existente, vale decir que la declaración que emana tiene un carácter limitado en tanto no permite comprender un orden nacional que incluya a los pueblos originarios. Así mismo, cuando en el inciso tercero del mismo artículo dice: *“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”*. La obligación y los derechos que se establecen en este inciso corresponden sólo como políticas particulares y programáticas para el Estado, no se presenta como una obligatoriedad dentro de él, ni como un reconocimiento de derechos con el status jurídico correspondiente que implique el establecimiento de recursos y acciones judiciales respectivas.

2. La situación de las comunidades.

La ley define a las comunidades (art. 9) como un grupo de personas que pertenecen a una misma etnia indígena. Estableciendo que para su constitución será necesaria la celebración de una asamblea donde se acordaran sus estatutos y una mesa directiva registrándose en un acta con presencia de un Notario, Oficial del Registro Civil o de un Secretario Municipal. Para la conformación de las comunidades requería al menos 10 personas mayores de edad. Una vez establecida la constitución de la comunidad esta deberá depositar una copia del acta en la Subdirección Nacional, Dirección Nacional u Oficina de asuntos indígenas (art. 10). Bajo este aspecto las organizaciones indígenas solo son reconocidas mientras se constituyan legalmente, y solo aquellas que cumplan con este requisito pueden optar a los diferentes programas ofrecidos por el gobierno. Sin embargo, también en este punto el Convenio 169 vino a modificar las cosas, pues establece la representatividad como criterio de legitimidad de las organizaciones y no su constitución legal-.

Otro de los puntos relevantes es que no se menciona en la ley ningún derecho colectivo o comunitario específico, de forma que el Estado no tiene obligaciones respecto de las comunidades. Las comunidades no gozan de derechos colectivos, ni pueden legalmente requerirlos.

3. La conformación de las tierras indígenas.

De acuerdo al art.13 entiende como tierras indígenas aquellas que han sido reconocidas por leyes anteriores como tales (art.12 N°1), a las que han

pertenecido históricamente y poseen (art.12 N°2), las que en consideración a los numerales anteriores sean restituidas por sentencia judicial (art. 12 N° 3) y las que sean otorgadas a título gratuito por el Estado.

De esta numeración de tierras indígenas es posible observar que existe una limitación al reconocimiento histórico de sus territorios. En el art.12 N° 2 se establece como requisito copulativo³²⁸ la condición de que estas sean actualmente poseídas (dice “poseen”) por los indígenas, de manera que los derechos sobre las tierras ancestrales se encuentran condicionadas a su posesión actual, aplicándoseles las reglas generales establecidas por el Código Civil en la materia (art. 702 y siguientes), sin perjuicio de la existencia de un registro especial para ellas que tiene fines de mera publicidad (no constitutivos de posesión). De forma que el reconocimiento no es a los territorios ancestrales, sino en la medida que estos se encuentren en correspondencia al régimen jurídico. Sin perjuicio de ello, el artículo 20 letra b) establece un mecanismo para la compra de tierras reivindicadas, el cual trataremos más adelante.

También en el art. 13 de la ley se establece la prohibición de embargar, enajenar y gravar la propiedad indígena, salvo que sea hecha por personas de una misma etnia o con autorización de la CONADI. La ley así establece una protección de la propiedad, siendo en este sentido loable, puesto que históricamente gran parte de los territorios indígenas fueron arrebatados por diferentes medios, como la compra a precios irrisorios. Sin embargo la posibilidad de que estos territorios puedan sufrir algún tipo de modificación, tiene como punto importante el rol de la CONADI, en tanto ésta tendrá la posibilidad de autorizar o no estas acciones, lo cual queda bajo la discrecionalidad de dicha institución.³²⁹ Por otra parte, esta protección no va acompañada de un reconocimiento de derechos autonómicos, por lo que aparece como una limitación a la capacidad de ejercicio de los indígenas que no puede entenderse si no es desde un patrón paternalista, incompatible con su carácter de pueblos autodeterminados.

II. GESTIÓN GUBERNAMENTAL Y DISPOSITIVOS BUROCRÁTICOS

1. Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

³²⁸ Artículo 12 N° 2. Aquellas que históricamente han **ocupado y poseen** las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

³²⁹ Este punto de la ley ha sido ampliamente discutido por algunos autores a nivel nacional. Así por ejemplo en la opinión de Ena Von Baer : “*La protección de la tierra indígena no es imprescindible para el mantenimiento de la cultura de estas etnias, y lo que es más , condena a los mapuches a permanecer en la pobreza.*” En VON BAER, E. **La cuestión mapuche: Raíces, situación actual y desafíos futuros. En La cuestión mapuche: Aportes para el debate.** Fundación libertad y desarrollo. Santiago de Chile 2003. Pág. 22.

Mediante la Ley N° 19.253 se crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (artículo 38), que es la institución específica del Estado con el objeto de promover, coordinar y ejecutar el desarrollo de los pueblos Indígenas (artículo 39). Se define como un órgano descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. La CONADI tendrá como domicilio y sede principal en la ciudad de Temuco.

La CONADI, como el dispositivo burocrático estatal, tiene como objetivo: *“Promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional, a través de la coordinación intersectorial, el financiamiento de iniciativas de inversión y la prestación de servicios a usuarios”*³³⁰. Para el cumplimiento de esta meta, la CONADI desarrolla los siguientes objetivos estratégicos.

- i. Contribuir al desarrollo económico y cultural de los pueblos indígenas para impulsar la conformación de una sociedad nacional multicultural y pluriétnica, que reconoce y valora la existencia de los Pueblos Indígenas a través de la administración y ejecución de los Fondos de Tierras y Aguas Indígenas, Fondo de Desarrollo Indígena y Fondo de Cultura y Educación Indígena.
- ii. Mejorar la calidad de los servicios institucionales a través de la disminución de los tiempos de tramitación de los instrumentos de acreditación para garantizar a la población indígena el acceso a los beneficios de que son sujetos de derecho.

La organización superior de la CONADI se encuentra bajo la dirección del consejo nacional. El consejo está compuesto por el director nacional (jefe de servicio) designado directamente por el Presidente de la República, los subsecretarios o sus representantes de los diferentes ministerios³³¹, tres consejeros nombrados por el presidente. En el Consejo tiene que haber ocho representantes indígenas - cuatro de estos deben ser mapuche y un indígena que viva en alguna urbe, que generalmente será mapuche- que estarán designados por el presidente de la República, previa propuesta de las comunidades u organizaciones indígenas.

La composición de este directorio depende casi en su totalidad de las designaciones del presidente de la República, con ello no se tiene el nivel de autonomía política esperado y se construye en base a una visión unidimensional de la realidad indígena, en tanto la representación indígena -y mapuche- están

³³⁰ www.conadi.cl

³³¹ La subsecretaría General de Gobierno, Ministerio de planificación y Cooperación, Ministerio de agricultura, Ministerio de educación y de bienes nacionales. En www.conadi.cl

subsumidas a los interés de gobierno. Es por ello que la CONADI no goza de aceptación total por parte de las comunidades indígenas ya que no logra ser un espacio real de encuentro entre el Estado y las comunidades³³².

Si bien el discurso explícito de CONADI considera que sus acciones reconocen la particularidad cultural del pueblo mapuche, en la práctica se aprecia como estos organismos producen como efecto una tensión difícil de resolver, donde dicho reconocimiento está lejos de existir. Por medio de esta instancia, y con las políticas de bienestar social y conservación cultural que acá se desprenden, el Estado se inserta al interior del pueblo mapuche para regularizar el vínculo social con el resto de la población, en función de sus propios intereses; para regular, por medio de la asistencia, las relaciones internas dentro de sus miembros, a partir de la lógica económica capitalista, históricamente ajena a las formas de producción del pueblo mapuche, centradas en la propiedad colectiva de las tierras.

La CONADI dentro de sus funciones específicas y más relevantes se encuentra a cargo del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, como también de programas de desarrollo indígenas, dentro de los cuales destaca el programa Orígenes.

2. Fondo de Tierras y Aguas Indígenas.

El Fondo de Tierras y Aguas indígenas se establece en el art. Nº 20 de la ley, con el objeto de hacer frente a las demandas territoriales principalmente mapuche y los problemas relativos a los derechos de aguas de las comunidades indígenas en el norte del país. Ambos fondos son independientes el uno del otro.

El objetivo del Fondo de Tierras es entregar terrenos a quienes no tengan un espacio suficiente o que carezcan de ellos. Los mecanismos son la financiación por medio de subsidios o la compra directa. Para el otorgamiento de los subsidios se establece un sistema de puntuación, en consideración al ahorro previo de los participantes –tanto postulantes individuales y comunidades-, situación socio-económica en consideración a la ficha CAS-2 y el grupo familiar. Agregándose para las comunidades la antigüedad de éstas y el número de participantes. En el caso de la postulación de las comunidades se mirarán como un conjunto de postulaciones individuales, de manera que en ellas no existe un reconocimiento de las comunidades en términos territoriales, así la importancia de la comunidad se encuentra en un plano de reconocimiento relativo.

La política de tierras desplegada a partir del Fondo de Tierras, ha sido inadecuada desde el punto de vista de los derechos territoriales del pueblo

³³² Esto es particularmente cierto a partir del Caso Ralco, en que el entonces Presidente Frei Ruiz-Tagle destituyó a los Concejeros y al Director de la CONADI cuando estos no aprobaron las permutas propuestas por ENDESA a las comunidades *pewenches* cuyos territorios serían inundados por la hidroeléctrica.

mapuche. Esto porque se centra en la idea de superación de la pobreza (inclusión, asimilación) y no en la de territorio (autonomía, interculturalidad)³³³. De hecho, el documento que la orienta señala expresamente que,

“..Un tercer problema ha sido la confusión existente entre ‘Territorio’ (un concepto político) y ‘Tierra’ (un concepto económico). Se comenzó a difundir la equivocada idea de que era posible reconstituir el territorio ancestral a partir de las acciones y compras de tierras de la Conadi.”³³⁴

Esta concepción del objetivo del Fondo ha derivado en la práctica de la *relocalización*, la cual no sólo impide la reconstrucción territorial indígena - antecedente indispensable del ejercicio de sus derechos colectivos internacionalmente reconocidos- sino que también ha generado nuevas dificultades para las comunidades *beneficiarias*. Primero en cuanto asignación de las tierras se hace sin consideración a sus territorios ancestrales, se crean conflictos entre comunidades, ya que se entregan tierras a una comunidad que históricamente pertenece a otra comunidad³³⁵. El caso paradigmático es el de Rucamañío, en la comuna de San Juan de la Costa en que murieron cinco comuneros mapuche y veinte resultaron heridos a consecuencia de los enfrentamientos producidos por la adjudicación de territorio reclamado por la comunidad local a una *afuerina*. Otro ejemplo de ello es el caso del conflicto generado entre la comunidad Cariman Sánchez y la comunidad Agustín Curín. En la que a esta última le fue asignado el *fundo el Notro* por medio de la resolución N° 206 – en el año 2005-, pero que antes se había dado la admisibilidad de compra del fundo a favor de la primera comunidad, la cual tenía como antecedente que dichos terrenos habían sido parte de sus territorios ancestrales. Esto llevo a que los miembros de la comunidad Cariman Sanchez se tomaran el fundo ante lo cual la comunidad Agustín Curín pidió el auxilio de la policía, por el ataque de lo que es su propiedad legal³³⁶. Estos dramáticos ejemplos -que no son aislados como lo demuestra el estudio citado, sino que constituye una práctica emanada de la

³³³ GONZÁLEZ K., MEZA-LOPEHANDÍA, M. Y SÁNCHEZ R. *Relocalizaciones y Derechos Territoriales: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras”*, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Documento de Trabajo N° 6, año 2007, pp. 28s.

³³⁴ CONADI *La Política de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*, texto aprobado el 27 de agosto de 1999, párfio II, letra c), apartado 4, citado en GONZÁLEZ K., *ET. AL, OP. CIT.*, p. 28.

³³⁵ Si bien todas ellas son mapuche, pertenecen a distintos territorios o *lof*. Así lo explica la propia comunidad Cariman Sánchez y Gonzalo Marín en un documento presentado ante CONADI: “*El entorno es de suma importancia para el desarrollo de las personas, de cierta forma condiciona la forma del ser del lofche. Del mismo modo para nuestras familias, tiene una significancia enorme y desde esta perspectiva podemos afirmar que cada persona viene de un entorno, es decir posee un origen territorial como lo es el tuwün (procedencia territorial). Ningún mapuche puede negar o desentenderse de su origen territorial. Por ello es que cada uno de nosotros nos autoidentificamos como Wililoche (Gente de Wilio). Esa es la importancia que posee el mapu y el lof (territorio), al que cada individuo pertenece.*”

” Citado en GONZÁLEZ K., *ET. AL, OP. CIT.*, p. 37.

³³⁶ GONZÁLEZ K., *ET. AL, OP. CIT.*,

lógica del Fondo de Tierras³³⁷ - no fue suficiente para replantear la política de tierras, de hecho desde hace tiempo se plantea la idea de crear un Banco de Tierras, que reemplace al Fondo y permita “*comprar tierras a precio de ocasión y no de conflicto*”, solución que profundiza la concepción mercantil de la cuestión, alejándose aún más de ser una herramienta que permita el ejercicio de los derechos territoriales del pueblo mapuche³³⁸.

Otro de los problemas en la aplicación del Fondo de Tierras es que lleva a la emigración de comunidades de sus territorios ancestrales por otros alejados de ellas³³⁹. Como lo fue el caso de la comunidad Juan Nahuelpi del sector Repocura de Chonchol la cual le fue asignada un terreno en las inmediaciones de la precordillera en Villarrica, teniendo que migrar a dichos terrenos, que no se encuentran dentro de su territorio ancestral, donde no tienen vínculos sociales, económicos ni espirituales³⁴⁰.

3. Programa Orígenes.

El programa Orígenes nace como consecuencia de la política del nuevo trato en el año 2001, a razón del préstamo otorgado por el BID al Estado de Chile. El programa orígenes tiene como objetivo establecer políticas integrales de desarrollo en las comunidades indígenas en base a un desarrollo multifase- que en la actualidad se encuentra en la segunda etapa-. En este aspecto, de acuerdo al planteamiento del programa, el desarrollo integral involucra tomar en consideración las cualidades culturales e históricas de los pueblos, como también la idea de generar sistemas participativos en los cuales los proyectos de desarrollo se hagan de forma conjunta entre el Estado y las comunidades.

En la formulación del programa orígenes, una de las claves son los denominados “*Planes Territoriales del Desarrollo*”³⁴¹, en que los recursos territoriales de las comunidades son entendidos como ejes estructurantes. Sin embargo en el caso de las comunidades mapuche, este punto se hace crítico en tanto se mantengan los problemas de reivindicación de tierras.

El programa orígenes tiene una serie de componentes, o en otras palabras diferentes áreas de operación: Fortalecimiento de comunidades y organizaciones indígenas, identidad cultural, desarrollo económico de familias y comunidades,

³³⁷ Puede revisarse el anexo “*Listado de comunidades trasladadas por el FTAI de CONADI, en virtud de la aplicación del Artículo 20 letra (b) de la ley 19.273*” que acompaña el trabajo citado, donde se constatan al menos 94 casos de *relocalizaciones*.

³³⁸ *Idem*, p. 29.

³³⁹ Como se señala en el informe ***Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuche***, Universidad Central, 2008 (en adelante informe UCEN). el 70% de las compras de tierras están alejados del lugar de procedencia de los postulantes.

³⁴⁰ Informe UCEN. Pág. 61

³⁴¹ Gobierno de Chile, Programa Orígenes, memoria. Pág. 23

adecuación de instrumentos y prácticas de los servicios públicos, y apoyo a iniciativas de institucionalidad y sostenibilidad del modelo de intervención del programa³⁴².

Se hace interesante mencionar que cada componente se encuentra dividido en subcomponentes específicos, que en cada uno de estos se establecen y señalan los medios y formas de ejecución. Es así que la intervención se encuentra completamente estructurada en los efectos y desarrollos de cada objetivo propuesto generándose un sistema altamente tecnificado y economizado. Siendo relevante la integración de agentes externos y la variable económica incorporada.

Por ejemplo dentro del componente “*Fortalecimiento de las comunidades y organizaciones indígenas*” está el subcomponente de “*planificación participativa*” en la cual se define en “*que todos los participantes cuenten con la información y las capacidades necesarias para la efectiva toma de decisiones y gestión de los procesos*”³⁴³ es así que para cumplir con ello se establece la necesidad de “*proveedores de asistencia técnica (PAT)*” quienes se encargaran de ayudar en la elaboración de los proyectos, como también de la ejecución de estos; quienes a su vez son agentes externos del Estado contratados para dichos fines³⁴⁴.

Otro ejemplo a recalcar es el componente de “*Desarrollo económico de familias y comunidades*” que tiene como subcomponentes “*el desarrollo de medios productivos locales*”. El cual para poder postular se necesitaran ciertos requisitos entre ellos el potencial impacto económico; lo que se enfatiza en rentabilidad social y económica, en los caracteres de competitividad y sustentabilidad, potencial para provocar efectos multiplicadores significativos sobre la economía del territorio³⁴⁵. En este caso los programas de desarrollo productivo se encuentran sumidos a instauración del modelo micro empresarial.

III. BIOPOLÍTICA Y CONTROL TERRITORIAL

De la descripción del cuadro existente a nivel general, se hace posible encontrar una serie de elementos que logran plasmar cómo se genera un tratamiento poblacional del pueblo mapuche bajo la forma de una administración gubernamental, es decir, cómo se estructura el sistema de control biopolítico. Siguiendo a Wasserman³⁴⁶, a continuación se expondrán sus efectos a partir de la consideración de la relación estructural-histórica que se ve enfrentado el pueblo

³⁴² Anexo N°1, del reglamento operativo, Programa orígenes, segunda fase, Pág. 47.

³⁴³ IDEM. Pág. 48

³⁴⁴ En el reglamento operativo se encuentra definido en el artículo 18.

³⁴⁵ Anexo N°1, del reglamento operativo, Programa orígenes, segunda fase, Pág. 62

³⁴⁶ WASSERMAN, D. *Biopolítica y Mapuche*. Tesis para optar al título de abogado (en proceso de evaluación). Universidad de Chile, 2009.

Mapuche, de la capitalización del territorio y las grandes empresas y de finalmente de la institucionalidad del Estado y su tratamiento.

1. La relación estructural histórica que se ve enfrentado el Pueblo Mapuche.

El desarrollo del interés biopolítico por las poblaciones humanas encuentra sus raíces en las primeras formas de establecimiento que adquiere el estado moderno. De esta forma, es posible pensar dentro de este marco conceptual, que la intervención del Estado hacia el pueblo mapuche tiene raíces históricas profundas, que sirven de antecedentes a las actuales formas de relación e interacción en el pueblo mapuche y la institucionalidad estatal. En este aspecto, el cuerpo social mapuche y sus condiciones contemporáneas están relacionadas con el espacio de realidad que las políticas históricas del Estado le han impuesto³⁴⁷.

Históricamente, desde la ocupación militar del territorio mapuche a fines del siglo XIX, comenzó a generarse una vida superpuesta a las limitaciones espaciales de su territorio como pueblo-nación, configurada bajo un régimen de la propiedad que enmarcaba los espacios de la cultura y de los individuos. La vida mapuche comenzó a conformarse bajo la condición de las comunidades impuestas por los títulos de merced y la noción de propiedad impuesta por el Estado. Sólo una vez reducidos y vencidos los mapuche fue posible la implantación del derecho chileno de manera eficaz. La eficacia del derecho, sólo es posible en tanto exista una microfísica del poder que sea capaz de introducir su función al interior de la experiencia histórico-cultural que determina la vida del pueblo mapuche, mediante la anulación de cualquier tipo de poder militar y territorial que estos gozaban. Por ello, permitir el ejercicio de los derechos territoriales indígenas resulta inaceptable para el Estado en su actual configuración.

Es menester mencionar que esta política de reducción del pueblo mapuche tiene como contra partida del Estado la búsqueda por la configuración de la población a nivel nacional. Con ello se entienden las políticas de colonización extranjera, que se inician desde mediados del siglo XIX, estén en estrecha relación con la necesidad de diezmar a una población autóctona, que no tenía las cualidades requeridas por el Estado para el desarrollo de elementos productivos y culturales. La *Pacificación de la Araucanía*, responde a una política poblacional deseada por el Estado chileno. Se requería que el Estado estuviese sustentado por la configuración de los de caracteres raciales o culturales útiles para ella. Eso implicaba que los mapuche no fuesen una población adecuada para las economías de poder.

Durante el desarrollo del siglo XX, con el pueblo mapuche ya sumido de forma eficaz al derecho chileno, es posible observar un tratamiento que busca la

³⁴⁷ Ver SUPRA cap. II

transformación y eliminación de cualquier tipo de diferencias culturales entre el pueblo mapuche y la población nacional. Es decir el desarrollo de la legislación chilena en el siglo XX -salvando quizás la interrupción del mismo que significó al Ley de Reforma Agraria- buscó la asimilación cultural bajo la forma de una normalización identitaria. El punto culminante de este proceso fue el Decreto Ley Nº 2.568 de 1979, que buscaba poner término al estado de indivisión de las tierras, traspasándolas a títulos personales, llegando al extremo de eliminar legalmente la calidad de indígenas al establecer que *“las hijuelas resultantes de la división de las reservas, dejarán de considerarse tierras indígenas, e indígenas a sus dueños o adjudicatorios”* (sic)³⁴⁸.

Del tratamiento histórico es donde emergen los caracteres actuales del pueblo mapuche. Es posible observar que una parte considerable de éste se ve constreñido a emigrar a las ciudades, perdiendo así las relaciones existentes con la tierra. La búsqueda de un tratamiento indiferenciado merma su acervo cultural y formas de vida, perdiendo gran parte de sus tradiciones y cosmovisión. La precaria situación del *mapudungun* como lengua hace palpable el proceso de disgregación y fragmentación cultural mapuche. Este tipo de tratamiento poblacional los convierte en grupos humanos con grandes dificultades económicas.

La pobreza se instala en los mapuches, sumidos en el desarrollo de una sociedad basada en la competencia y el lucro como formas hegemónicas del intercambio. En otras palabras la intervención histórica y la implementación de un modelo de poder basado en la *gubernamentalidad* y la economía política sitúan a los mapuche en una posición dentro de las estructuras sociales propias de las economías neoliberales. Es así que parte del proceso de administración biopolítica implica la conversión y estratificación del pueblo mapuche. De esta manera las variables identitarias de la vida mapuche y su realidad empiezan a tomar cualidades transversales con la población general, como lo es la situación de pobreza y marginalidad. Esta transversalización de las variables biopolíticas, generan un sistema perverso que justifica el tratamiento continuo del pueblo mapuche por parte del Estado.

2. La capitalización del territorio y las grandes empresas.

La presencia de las grandes empresas forestales es de suma importancia dentro del interés biopolítico que caracteriza la gestión gubernamental del Estado de Chile en los territorios mapuche. Ellas manifiestan la dimensión económica e industrial de los territorios, como a su vez se tornan en actores relevantes a la hora de configurar los conflictos territoriales que se suscitan y de la vida de quienes allí las habitan.

³⁴⁸ Artículo 1º inciso segundo del D.L. 2658 de 1979.

El avance de las empresas forestales hace del espacio un lugar para la explotación económica e industrialización forestal, posibilitando la utilización maximizadora del espacio físico y geográfico del territorio sujeto al mercado en función de la reproducción de una determinada forma de vida, bien alejada de la mapuche. Consecuentemente la vida mapuche y su territorio se ven constreñidos en un marco general de producción económica; estableciendo una oposición entre las necesidades generales de producción del Estado chileno y la realidad territorial mapuche. Así se modifican los elementos materiales en la producción de la vida, como por ejemplo la pérdida de las especies nativas que se utilizan para la medicina, alimentación y la destrucción de los patrones simbólicos.

La creación de los diferentes planes de buena vecindad por parte de algunas forestales hace patente la necesidad de la coaptación de ciertos sectores del pueblo mapuche. Los evidentes beneficios que pueden otorgar las empresas forestales ante grupos y comunidades deprimidas va más allá de ser una buena oferta, sino también en formas control y dependencia continua de las comunidades a beneficios como el otorgamientos de empleos.

Las empresas forestales, además de obstaculizar *socioculturalmente* el espacio, monopolizan la actividad productiva de los territorios. Con ello impiden el desarrollo autónomo de las comunidades mapuche frente al biopoder y consiguen una dependencia material de los medios de subsistencia de comunidades y familias mapuche que los habitan. Éstas representan la capacidad de diversificación de los mecanismos biopolíticos, en tanto el control de las empresas forestales es el control propio del mercado y de las dinámicas que en ella se producen.

3. La institucionalidad y su tratamiento.

En el contexto del interés por producir y reproducir la vida de las poblaciones, las intervenciones actuales, se configuran dentro de otro ámbito discursivo e institucional con respecto al trato llevado en el pasado. Al menos, se considera una parte de la población mapuche (sus comunidades e individuos) como *sujeto de derecho* y a la vez *sujeto de intervención* de las políticas públicas que apuntan a la mejora en la calidad de vida para estos grupos humanos.

La situación de los últimos años ha transitado por el intento de diversos acuerdos y políticas declarativas por parte de los diferentes gobiernos de la concertación. En este sentido la nueva dimensión biopolítica se enmarca en la creación de elementos discursivos en que se pone a nivel declarativo la necesidad y el interés del Estado chileno por la situación de los pueblos originarios, entendiéndolo como tipos y formas de reconocimiento de ciertos derechos. Se hace posible observar en los últimos 20 años han habido tres manifestaciones de ello (Acuerdo de Nueva Imperial de 1989, Política del Nuevo Trato de 2004, Re-conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad de 2008), lo que demuestra un cierta inestabilidad en que estos se sustentan. De allí que la importancia de estos acuerdos es de carácter táctico,

pues renueva el discurso político de la integración cultural periódicamente ante el funcionamiento real que conlleva la intervención del Estado.

Parte de la gestión gubernamental se estructura en la capacidad de concretar confusiones de información respecto de lo que declara y hace. Así la población sujeta a oferta política e informativa del Estado se divide en tanto no sabe cuales es la realidad funcional existente. Los numerosos acuerdos políticos con los mapuche hacen posible entender que éstos son instrumentales al interés del Estado y su necesidad de lograr confusiones respecto de su realidad. El Estado no puede plantearse como un antagonista a cualquier tipo de reivindicación, sino que dentro de sus lógicas debe reconocer y administrar aquello que declara como derecho y formas de trato hacia la población. En este ámbito parece interesante mencionar que los acuerdos pasan a ser simulacros, o una forma explícita de “como sí”, en tanto su realidad práctica no se condice con su realidad discursiva, pero que logra concretarse como si fuese real para la población o parte de ella, lo que produce el quiebre interno de las uniones políticas-identitarias dentro del pueblo mapuche.

Junto a lo anterior, la ley indígena contemporánea plasma la ductilidad del sistema biopolítico en su régimen normativo. Puesto que cumple con una doble función para el Estado. Primero la ley se presenta como una legislación particular que intenta establecer los derechos y reconocimientos a los pueblos indígenas, sin embargo los aspectos que llevan a la eficacia de los derechos declarados se ven interpuestos por el marco sistémico-normativo que lo hacen inoperante. En otras palabras, la concreción de los derechos de los pueblos indígenas se enfrenta a una técnica jurídica que logra reducir los alcances de las normas que los enuncian o establecen un conjunto condicional de derechos. Por ejemplo el reconocimiento limitado a la posesión actual que hace la ley de las tierras ancestrales, la imposición de la formación de comunidades legales como única forma de acceder al reconocimiento, o el entendimiento de su cultura como objeto de conservación sujeto a la “*moral y buenas costumbres*” de la *chilenidad*. Lo mismo puede decirse de la utilización de la voz “*etnias*” para referirse a los pueblos indígenas, con el deliberado propósito de restringir sus derechos colectivos.

Consiguientemente se logra la segunda función para el Estado, puesto que una vez en que se empieza a operar en base a estas normas, ellas incorporan en la realidad mapuche elementos propios del Estado y las formas subjetivas adecuadas a sus procedimientos. Por ejemplo, el reconocimiento de tierras es aquello que la norma determina y las condiciones que se establecen para ello. Así las normas pasan a ser el conjunto preformativo de la realidad. En otros términos las estructuras legales que afectan a los mapuche son los medios en que el Estado determina lo que ellos deben ser.

Por otra parte, la CONADI -en tanto institucionalidad del Estado encargada de los asuntos indígenas- pasa a ser el eslabón que une y da continuidad a los intereses biopolíticos del Estado. Cualquier tipo de tratamiento a los mapuche, en las

ámbitos del control social de acción, está a cargo de la CONADI, de allí que su composición y desarrollo institucional sean tan importantes para los mapuche. Su composición a nivel directivo demuestra la primacía de los intereses estatales, no siempre en concordancia con las demandas mapuche; ya que existe una dependencia práctica en la determinación de los cargos institucionales por parte del gobierno central. Esto a su vez se manifiesta en hechos puntuales en que si hay discrepancias con el gobierno, este puede removerlos y presionarlos, no tenido una real autonomía. En este sentido el Estado diversifica su poder, pero ello no conduce a entenderlo como un ente independiente de éste.

El Estado por medio de la CONADI no busca un encuentro entre las comunidades y ella, sino la imposición de un orden de tratamiento unilateral, el Estado los incorpora en sus lógicas y las adecua a una institucionalidad. Es por ello que vale como un tipo de organización de tratamiento poblacional y no una organización de desarrollo representativo y legítimo para sus destinatarios.

El Fondo de Tierras y Aguas, que se encuentran a cargo de la CONADI, muestra en qué medida este tipo de políticas sustenta una negación tácita del valor real de los derechos comunitarios. Las postulaciones se ven como un conjunto de postulaciones individuales, así se enmarca el carácter propio de un Estado basado en los valores de liberalismo económico radical, en cuanto la importancia subjetiva recaerá en los actores individualmente considerados³⁴⁹.

Ya hicimos presente que los criterios de implementación de la política de tierras a través del mencionado fondo, conllevan graves problemas que traen como consecuencia la división y enfrentamiento de comunidades. Este punto se hace importante al entender que los propios conflictos internos entre comunidades, se ven creados por una institucionalidad que los interviene. De allí que de éstos se produzca un extrañamiento de las identidades. Si la tierra es parte del acervo cultural y de las formas de vida, un enfrentamiento por ella conduce a una pérdida de los patrones comunes en tanto se ven como mutuamente excluyentes, la formas de vida de una comunidad se hace opuesta a otra.

En este sentido el Fondo de Tierras es la propuesta a un problema del espacio – territorio- del pueblo mapuche. Sin embargo pone de manifiesto que el Estado Biopolítico, que tiene como base la unidad física del territorio para lograr ser tal, tendrá que hacer una aplicación que no sea tendiente a fortalecer las identidades y estructuras de un eje independiente de su dominio. La solución se encontrará en generar una respuesta a un problema de los espacios, pero reconducido a mecanismos que lo fortalezcan.

³⁴⁹ Si bien la normativa permite la postulación y titulación comunitaria, en la práctica la desalienta, toda vez que no existen programas de fomento ni subsidios para este tipo de títulos. La liquidación de la comunidad se solicita a pedido de la mayoría absoluta de los miembros de la comunidad (art. 16° Ley de Desarrollo Indígena)

La oferta espacial que hace el Estado, no se mira en consideración a una demanda de identidad cultural y social de un pueblo, sino en base a la posibilidad de las coyunturas propias de los individuos y comunidades. Es así que la biopolítica, entenderá que el problema espacial tendrá que ser llevado a un plano donde las demandas de un pueblo se vean disueltas y se trasformen en un conjunto de problemas particulares. Esto, para evitar la reconstrucción de territorio ancestral, que pondría en jaque la base territorial del control biopolítico del Estado, no sólo en el *Wallmapu*, sino también en el resto del territorio nacional, en tanto es justamente en los territorios indígenas donde se encuentran los *commodities* que sustentan el aparato (re)productivo nacional.

Por último, es necesario considerar que las políticas públicas cumplen el rol de control poblacional y de los factores que inciden en la vida de las personas y pueblos. Las políticas públicas hacen efectivo el gobierno sobre la vida y los problemas que en ella se suscitan. El programa orígenes es en la actualidad la política pública más relevante para los pueblos indígenas y el pueblo mapuche en particular; en tanto asume la pobreza y la indigencia como el elemento central del problema, y declara buscar un desarrollo integral y respetuoso de las culturas locales.

El Estado actualmente propone un tratamiento de la población que no busque la asimilación y disgregación; sin embargo, para que un programa del Estado se auto valide requiere de una articulación que sea correspondiente a los principios de veridicidad existentes. En otras palabras, el concepto de desarrollo integral y respetuoso es factible en tanto se supedita a los márgenes que existen dentro del Estado y las tecnologías de poder. Por ejemplo cuando se mencionó más arriba los requisitos para los *programas de desarrollo local*, estos estaban considerados en relación a la factibilidad económica de los proyectos y su capacidad de concretarse en base a un tipo de organización empresarial maximizadora y productora de recursos; siendo una introducción de la subjetividad económica – a modo empresarial- el correlato de un desarrollo social.

Ahora bien si se busca establecer el desarrollo en base al emprendimiento micro-empresarial se determina preformativamente los proyectos y las áreas donde ello pueda realizarse. Por ejemplo para cualquier proyecto que implique un desarrollo empresarial debe sujetarse en las denominadas ventajas comparativas, es decir en aquellas características que son mejores y más eficientes que los demás competidores del mercado. En este contexto la elaboración de los proyectos de desarrollo mapuche se verán condicionados por el espacio de realidad diferenciada que se tiene con el resto de la población chilena, siendo los elementos identitarios el eje central, como lo puede ser el ecoturismo o la elaboración de pequeños productos artesanales. Es decir para lograr superar la pobreza, se incorpora un régimen de vida que economiza su identidad.

El programa orígenes invierte el papel de la identidad cultural al incorporar la economía política como el sostén de la vida. En este sentido implica una normalización estructural y estratégica de la identidad condicionada por el factor

económico; ello no conduce a la negación de la diferencia y la búsqueda por la asimilación, sino en lograr explotar a la identidad en base a una faceta económica. El programa orígenes consigue diferenciarse de los antiguos tratos al pueblo mapuche en cuanto el reconocimiento identitario logra ser encuadrado en un sistema de reproducción de las lógicas de desarrollo general de la población en Chile. El mapuche, su comunidad o su pueblo pasan a ser normalizados como sujetos económicos, se transforman en el *Homo Oeconomicus*, que indica Michel Foucault³⁵⁰.

IV. GESTIÓN GUBERNAMENTAL COMO FORMA DE PRODUCCIÓN SUBJETIVA

A partir de la inserción de estos dispositivos en el pueblo mapuche es posible identificar dos tipos de efectos. En primer lugar, como hemos podido apreciar, la inserción de la lógica del capital privado que puede apreciarse en las políticas de redistribución de tierras y apoyo al fomento de la producción, es una apuesta individual que entra en conflicto con la lógica colectiva mapuche. Se produce, entonces, el encuentro entre dos formas culturales con sus respectivos sistemas productivo que introduce un quiebre al interior de la experiencia colectiva de las comunidades mapuches, generando divisiones internas y rencillas que producen el aniquilamiento de cualquier forma de organización al imponer la diferencia en el lugar de lo común. De esta forma muchos mapuches dejan de considerar como tales a quienes se ven beneficiados por este tipo de programas, descalificando la consecuencia y responsabilidad que estos podrían tener con sus reivindicaciones históricas; ante la pregunta por la manera en que algunos mapuches se vinculan con la CONADI afiliándose a sus programas y propuesta, una comunera indica “*mapuche se vendió*”³⁵¹. Esta reacción es el efecto de resistencia frente a la imposición de las formas de subjetividad occidental que se producen a partir del sistema de producción capitalista.

En segundo lugar, más allá de los efectos de debilitamiento de la organización mapuche a la manera del clásico *divide y vencerás*, la introducción de este tipo de organismos del Estado en el pueblo mapuche constituye un deslizamiento de las formas de subjetividad y producción material de la vida, que se realiza mediante la imposición de formas simbólicas que reproducen el discurso capitalista al interior de la vida cotidiana de las comunidades.

Los planes y políticas públicas mantiene un aspecto material que produce efectos concretos como la desorganización y al pugnas internas, pero también mantiene un aspecto simbólico, no por esto menos real, que produce efectos a nivel material tal como el desarrollo concreto de las políticas pública.

³⁵⁰ FOUCAULT, M. *Nacimiento de la Biopolítica*. Ed. Fondo de cultura Económica, Buenos Aires, 2007. Pág. 292

³⁵¹ Entrevista a comunera. Noviembre 2007

Para comprender esto, es necesario tener en consideración que toda práctica no se inscribe en el vacío, sino que resultan significativas precisamente porque se encuentran con relación a un “trasfondo”, es decir, a *“un conjunto de reglas y prácticas anónimas históricamente asentadas y que, en términos más o menos estructurales, delimitan los límites de lo decible y lo actuable, de modo que en la propia constricción de los discursos y las prácticas sociales se (re)producen como un marco posibilitante de la acción”*³⁵².

De esta manera, las prácticas y los discursos que las sustentan, operan a un doble nivel. Por una parte interviene a nivel subjetivo – sea este representacional o afectivo – constituyendo la producción de un universo consensual que permite la configuración de una determinada experiencia colectiva, pero por otra intervienen también a nivel del estatus ontológico del mundo. El discurso del estado y las prácticas que del él se desprenden intentan producir modificaciones concretas en el mundo mapuche, al interior de sus condiciones de vida, ya sea en la organización de las formas de su experiencia vital o al interior del universo simbólico que sostiene las prácticas materiales.

En las comunidades observadas para fines de la presente investigación, pudimos apreciar la manera en que la gestión de la CONADI y de todas las instancias del estado al interior de las comunidades implican un re-configuración de su relación al territorio y a la tierra. No existe en las políticas públicas una consideración por el carácter sagrado de la tierra, sino más bien una consideración productiva, en la que, según palabras de los comuneros, el territorio es fragmentado y distribuido entre ellos para propiciar la gestión de un terreno privado, con la asistencia necesaria mediante programas de fomento productivo para constituir un capital rentable que les permita a cada familia tener un *mejor pasar*.

La contradicción explícita entre estas dos formas de vida se disuelve al interior del discurso conciliador del estado, gracias a lo cual muchos comuneros pueden adoptar los objetivos de estas modificaciones como propias, para beneficiarse de los recursos ofrecidos. De esta manera, la subjetividad propia del sistema capitalista representada por el Estado chileno se filtra y se impone mediante la sutileza del beneficio al cual se acogen muchos comuneros faltos de recurso y apoyo para poder sobrevivir. De a poco las nociones de propiedad privada, producción, emprendimiento personal, individualismo y consumo se insertan en estas comunidades borrando, o al menos desfigurando, muchas de sus formas culturales más tradicionales.

El discurso capitalista, como el campo simbólico donde se juega el sistema socioeconómico al que refiere el Estado de Chile, se caracteriza precisamente por su tendencia universalizante, globalizadora y homogeneizante. Podemos entender que la Globalización no es más que *“la homogeneización de ciertas reglas de juego económico a escala mundial y planetaria, que gracias a cierta operación*

³⁵² SANDOVAL MOYA, Juan. **Representación, discursividad y acción situada**, Universidad de Valparaíso Editorial, 2004, pp.137-138.

*totalizadora se captura a sí misma como 'todo' y no como 'parte'... corresponde a una operación estructural del capitalismo, que consiste en la universalización de lo 'Uno', evitando con ello el efecto desorganizado de la diferencia que segrega su máquina discursiva. La operación totalizadora es la que permite ejercer el control y la vigilancia de la diferencia, cuya irrupción interrumpe la homogeneización en la que se basa todo sistema de dominación*³⁵³.

La imposición de la subjetividad del Estado en el pueblo mapuche a través de estas instancias, no sólo genera el efecto de introducir en este pueblo otra subjetividad distinta a la de su cultura, sino asimismo genera evidentes tensiones entre las comunidades, con lo cual la unidad del cuerpo social se va debilitando y diezmando.

De un lado, el no reconocimiento como sujeto de derecho de la diferencia que implica las formas subjetivas propias del pueblo mapuche que no adscribe a la gestión gubernamental del Estado, restringe el campo posible para su participación social, generando como efecto marginación y exclusión, de manera tal que hay muchos mapuche que no participan en las decisiones que repercuten en su territorio. De otro lado, muchas comunidades han perdido la confianza en el proceso de diálogo con el Estado, debido al no reconocimiento de tratados internacionales y acuerdos adscritos.

Estos dos elementos unidos producen el efecto de autoaislamiento de ciertas personas y comunidades respecto del grave conflicto territorial que les aqueja, y una división entre comuneros respecto de la forma de enfrentarlo.

Mientras algunos asumen posturas individualistas y se marginan del proceso, otros tienen posturas intermedias (Identidad Lafkenche, Alianza Territorial Mapuche) y otros se radicalizaron (Coordinadora Arauco Malleco). Entre ambas posiciones, se establecen las tensiones producto de las políticas gubernamentales respecto a relocalización de comunidades en territorios comprados por el Estado.

Ocurre por ejemplo en la localidad Padre Las Casas, en la que cohabitan la comunidad Juan Catrileo y otra comunidad que llegó producto de la compra de terrenos de la CONADI. De acuerdo a la versión de comuneros de la comunidad Juan Catrileo, esa otra comunidad entraba las políticas de negociación que tratan de llevar a cabo con la Empresa Forestal Masisa, puesto que hay algunos sectores de esa otra comunidad que ceden ante la tentación económica debido al contexto de pobreza en el que viven y trabajan para la empresa forestal. Por otra parte, empresarios, como Hernan Büchi otorgan prebendas a los comuneros de esa comunidad otorgando becas de estudio a sus hijos³⁵⁴. Todo esto genera que

³⁵³ GARCÍA HUDGSON, Hernán. *Foucault, Deleuze, Lacan: Una Política del Discurso*. Editorial Quadrata. Buenos Aires, 2005, pp.10-11.

³⁵⁴ Entrevista con comuneros de comunidad Juan Catrileo. Localidad Padre Las Casas. 16 Noviembre 2007.

la comunidad en cuestión se mantenga aislada de los *hechos violentos* que supuestamente patrocina la comunidad Juan Catrileo.

En este punto podemos advertir como las estrategias bipolíticas del Estado (política de relocalización) se complementan con los controles posibles que puedan establecer los privados, a objeto de proteger los intereses de estos últimos.

Los mecanismos jurídicos que establece CONADI respecto de la demanda territorial también generan tensiones y conflictos intercomunidades, en donde tienen acceso privilegiado las comunidades reconocidas con personalidad jurídica de acuerdo a la ley. Como se ha señalado, esta política llevada a cabo por la CONADI pasa por alto la conformación tradicional de las comunidades y promueve su fragmentación.

Los privilegios para las comunidades que cuentan con personalidad jurídica consisten en la entrega de recursos económicos tales como subsidios de BID otorgados por el programa Orígenes. Con ello se fomenta la competencia entre las comunidades por la obtención de estos subsidios, con lo que puede apreciarse que la introducción de la subjetividad del Estado tiene un éxito rotundo. El mapuche ya no piensa en autosustentabilidad, sino en como obtener la propiedad del territorio, entendida la propiedad como “propiedad privada” según la lógica empresarial.

Por otra parte, las comunidades que no ceden a este tipo de controles, las que carecen de demanda territorial ante CONADI por ejemplo, son con frecuencia las más golpeadas. Temucuicui es un ejemplo evidente, pues ellos consideran que realizar la demanda territorial formal como lo impone CONADI “*es un detalle*”³⁵⁵ debido a que el territorio ancestral no debe reclamarse, “*por que es un derecho*” que les corresponde por haberlas heredado de los ancestros: “*Eso es lo que le gusta a la CONADI, que uno vaya y diga mire señor CONADI aquí esta nuestra demanda...y que nos agregue a la larga lista de espera que tienen*”³⁵⁶.

De lo anterior se puede deducir que la tensión que se produce en la relación entre la CONADI como representante del Estado Chileno, y el pueblo mapuche, además de propiciar la introducción de una determinada forma de vida, mantiene un papel mediador entre las comunidades mapuches y una serie de actores particulares en conflicto con estas. Se deduce a su vez, que la CONADI corresponde a la estrategia de mediación biopolítica del Estado con la población mapuche en un sentido plenamente económico, en cuanto se encuentra a favor de la inversión privada al interior del territorio.

Se hace posible dimensionar que la biopolítica ha tenido una intervención continua en la población mapuche, introduciendo las variables subjetivas del Estado.

³⁵⁵ Entrevista a comunero. Comunidad de Temucuicui. Noviembre 2007.

³⁵⁶ Idem.

Corresponde a un problema que opera desde la formación propia de la realidad nacional. Es decir los diferentes medios en que se intenta crear o modificar a los mapuche, no pasa por malas intenciones o juicios morales erróneos, sino por la configuración de un saber y de una realidad que se les impone.

La integración de la subjetividad deseada por el Estado se encuentra basada por cuestiones epistemológicas y ontológicas. El saber del Estado, tiene que tomar como referencia los propios mecanismos que se sujetan al desarrollo de la economía política, la que se debe concretizar en un espacio determinado. En este aspecto el modelo económicamente exitoso³⁵⁷ que se ha llevado a cabo dentro del mundo rural -que es el espacio físico tradicional mapuche- tiene como referencia a las empresas industriales, por ejemplo las empresas forestales que allí residen. Los entes corporativos basados en una organización totalmente económica y productiva, son el espacio de veridicidad para el Estado. Por lo tanto el marco de acción debe que ser acorde al principio de realidad económica que involucra la existencia de las lógicas corporativas en la ruralidad.

El saber del Estado impone la condición de la realidad poblacional; puesto que se representa como un espacio de verdad, que debe ser realizado efectivamente por las formas de vida que en el se encuentran. De allí que el caso de verdad económica de las empresas rurales, se extrapole a las formas de organización y de vida de los mapuche (las micro-empresas). La construcción de la subjetividad tiene que relacionarse con las pautas y condiciones de veridicidad del sistema económico. El Estado Biopolítico llevara las formas de organización económica al pueblo mapuche con el fin de preservarlos.

Roberto Esposito nos señala que el Estado Biopolítico genera un proceso de inmunización³⁵⁸ en tanto busca generar soluciones a un problema poblacional, mientras este conlleve la anulación de los centros comunicantes y articuladores de los conjuntos sociales. La institucionalidad y los programas de desarrollo social no apuntan a fortalecer los espacios de unidad de un pueblo, sino en el extrañamiento y desnaturalización de la vida y su conjunción identitaria. Es decir el Estado actual no puede solucionar el problema mapuche entendido como pueblo, sino entablar soluciones a los problemas del individuo mapuche y sus circunstancias. Se pueden otorgar fuentes de empleo en empresas forestales, proyectos de desarrollo micro-empresarial u otorgamientos de tierras, pero enmarcados bajo la condición de individuos, o en términos tautológicos "*individuos individualmente considerados*".

Este proceso de inmunización puede habilitarse en medida que exista un sistema jurídico-normativo, que logre por una parte declarar la existencia de derechos (sin recursos ni acciones judiciales específicas), pero a su vez demárcalos bajo las exigencias del Estado y sus formas de intervención. Por ejemplo, en términos concretos, la cristalización de un plan de desarrollo social como lo es el Programa

³⁵⁷ Al hacer uso de la palabra *exitoso* se la utiliza en consideración a la perspectiva económica.

³⁵⁸ ESPOSITO, R. *Biopolítica y Filosofía*. Amorrutu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006.

Orígenes, requiere de la existencia de un marco jurídico que le otorga la ley indígena en tanto existencia de derechos identitarios parciales.

El conflicto mapuche es una cuestión de soberanía del Estado de Chile y no un mero problema social en que se pida una mayor intervención para la superación de la pobreza o una mejora en los sistemas de seguridad social; sino que radica en la existencia de intervención estatal y su poder. Es decir el conflicto, para el Estado biopolítico es la posibilidad de que se prescindiera de él. De allí que el Estado tenga que buscar paliar formas de vida culturales que albergan elementos potencialmente peligrosos en cuanto constituyen formas de autonomía frente al Estado. En ello estriba la paradoja del Estado biopolítico, en que no puede desmantelarse sin la necesidad de sufrir una pérdida de su soberanía. Si el Estado chileno quisiera dejar libre de toda influencia a los mapuche, ello se traduciría en un problema económico y político a la hora de tener que actuar sobre cualquier otra población o su relación con los dispositivos de poder que se configuran en el mercado.

Entonces, se aprecia de manera explícita la forma en que la gestión gubernamental de la población mapuche y su territorio, implica la gestión de la desviación que introduce la diferencia subjetiva radical propia de sus formas de producción material de la vida, donde la biopolítica se establece como una forma sutil de control social, que cuenta con los dispositivos silenciosos descritos para dar cuenta del concepto de control social de acción.

Toda vez que esta estrategia es resistida, el orden biopolítico de producción de vida y formas de vida se suspende, momento en que se expresa el control propiamente punitivo desenvuelto en toda su dimensión de violencia. Este es el punto donde la gestión biopolítica se vuelve contra sí misma, y donde se revela su contraparte que es al la vez una parte constituyente de sí misma. Aquello que Michel Foucault denomina tanatopolítica³⁵⁹, es un efecto necesario segregado del funcionamiento de la maquinaria que busca la producción y reproducción sistemática de la vida, pues para sostener el dominio político dentro de este ámbito, es necesario producir a la vez su contrario; definir aquellas formas de vida que se oponen al desarrollo del interés gubernamental, y que por lo tanto deben ser atacadas.

La producción de la muerte, tanto real como simbólica, al interior de las comunidades mapuche, responde a esta necesidad biopolítica de garantizar la vida a pesar de sí misma; de garantizar una determinada forma de vida sujeta a una forma de producción subjetiva en función de la gestión gubernamental del Estado de Chile, en desmedro de otra, la mapuche, que reclama para sí los medios políticos y económicos, para ello.

³⁵⁹ FOUCAULT, M. *Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975 – 1976)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica. 2000

CAPÍTULO IV: EL EJERCICIO DE DERECHOS COMO ACTO SUBVERSIVO Y LA RESPUESTA ESTATAL: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

A lo largo de este trabajo verificamos cómo se ha ido configurando el complejo escenario de conflicto en el sur del país. De una parte, la pretensión de asimilación del territorio y su población a un proyecto de desarrollo basado en el libre mercado y la propiedad privada implementado y garantizado por la *fuerza legítima* del Estado. Del otro, la negativa del pueblo mapuche a someterse dicho proyecto, levantando la reivindicación de su territorio ancestral y la autonomía que pretenden ejercer en ellos.

Esto implica un desafío a dos elementos centrales en la construcción del Estado-Nación en Chile: el monopolio estatal de lo público y la propiedad privada sobre los medios de producción-, lo que ha vuelto subversiva la reivindicación territorial mapuche y su práctica a los ojos del poder. Al intentar la reconstrucción de sus territorios ancestrales, las comunidades mapuche no sólo exigen porciones de territorio actualmente ocupadas por poderosos intereses productivos (principalmente forestales), sino que al mismo tiempo reivindican la devolución de la soberanía usurpada por el Estado centralizador. De esta manera amenazan el modelo de acumulación fundado de una parte en la ganancia, la propiedad y el mercado y de otra en la centralización del poder público. Comprender esto permite dar una nueva perspectiva a la respuesta criminalizadora del Estado a la protesta social mapuche, que con su praxis se ponen fuera de los parámetros fundantes de la sociedad política, bases por cierto, impuestas y no acordadas.

No se trata por tanto sólo de una reacción estatal que produce efectos atentatorios respecto de los derechos individuales de los dirigentes de los movimientos indígenas, sino también y especialmente, una estructura estatal que impide el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Frente a esto, como ya se ha revisado, existe un desarrollo importantísimo del derecho internacional de los derechos humanos en el sentido de reconocer a los indígenas como pueblos y por tanto titulares de derechos colectivos, incluido el de autodeterminación.

En este orden de ideas, cabe aquí recordar que el Art. 5º inciso 2º de la Constitución Política incorpora al ordenamiento jurídico interno los derechos garantizados por los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, otorgándoles rango constitucional y conformando a su vez el límite al ejercicio de la soberanía, generando la obligación perentoria para el estado de respetar, garantizar y promover tales derechos. Así lo ha reconocido, por lo demás, la Corte Suprema de Justicia en reiterados y uniformes fallos, pudiendo citar al efecto que:

“...En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano

del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mandato del artículo 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, Nº 26, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre estos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario...” (Considerando trigesimonono)³⁶⁰.

De esta manera, es la política de negación de los derechos territoriales indígenas - y particularmente *mapuche*- desplegada por el Estado de Chile desde su fundación hace doscientos años, la que ha quedado deslegitimada desde la perspectiva de los derechos humanos. Ésta no sólo ha implicado e implica una violación permanente de los derechos fundamentales individuales de las personas mapuche que habitan el territorio, sino también ahora supone la supresión del goce del más elemental de los derechos colectivos: la auto-determinación de los pueblos.

Este cuadro genera la paradoja de que en Chile el ejercicio de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a los pueblos indígenas pone a sus titulares que pretendan ejercerlos no sólo como infractores del ordenamiento jurídico, sino que a través de la invocación del *derecho penal del enemigo* -, se los coloca fuera del ordenamiento jurídico mismo.

En efecto, y como primer obstáculo en el goce efectivo de sus derechos territoriales, las comunidades indígenas que pretenden la recuperación de sus tierras antiguas chocan frontalmente con la actual organización de la propiedad austral impuesta *manu militari* y que hizo extensivo el régimen registral adoptado en 1857 con la dictación del Código Civil, toda vez que la propiedad territorial se constituye, transfiere y transmite mediante la inscripción del título respectivo en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, siendo la inscripción requisito, prueba y garantía de la posesión de los bienes inmuebles (teoría de la posesión inscrita). De este modo, el ejercicio por parte de los indígenas de sus derechos territoriales configura el delito de **usurpación** establecido y sancionado en el Art. 457 y siguientes del Código Penal al *ocupar* bienes inmuebles inscritos a nombre de los causahabientes de los colonos chilenos y extranjeros que otrora hicieron *ocupación* de las tierras rematadas por el gobierno central³⁶¹.

³⁶⁰ Sentencia Corte Suprema de 13 de Marzo de 2007. Rol Nº 3125-2004.

³⁶¹ Vale mencionar que las leyes de ocupación dictadas sucesivamente por el estado de Chile los años 1854, 1866, 1874 y 1883 sobre constitución de la propiedad austral, en virtud de las cuales el estado declaró fiscales las tierras en el territorio indígena al sur del río Bío- Bío cambiando el concepto de *territorio indígena* al de *territorio de colonización* fueron decretadas para ser aplicadas fuera del territorio nacional tal como reconoce el propio estado de Chile en su Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas cuando afirma haberse “...formado la convicción que: (...) el territorio nacional se estableció en aquellos espacios sobre los que el Estado no tenía control ni ejercía soberanía...”, lo que permite argumentar que tales disposiciones legales adolecen de nulidad de derecho público y por tanto imprescriptible en virtud

En este orden de ideas resulta pertinente recordar las palabras de BAJO FERNANDEZ, citado por Garrido Montt, cuando afirmaba que “la creación de este delito corresponde a situaciones del pasado, donde los sistemas de comunicación eran difíciles y la economía particularmente agrícola rural, la que no era posible defender adecuadamente por las autoridades centrales. Autores del siglo pasado – de la solvencia de Pacheco Y Groizard – criticaban la represión penal de la comisión de tales hechos que por la vía civil podían ser objeto de amplia reparación. En la actualidad se ha estimado que la usurpación tiene, más que económica, una significación política, por las ocupaciones de terrenos de grupos marginados”.³⁶²

Tales argumentos encuentran plena cabida en la problemática indígena de que trata la presente investigación si se considera la naturaleza meramente pecuniaria de la pena asignada al delito de usurpación (de 6 a 11 UTM dependiendo si existe o no violencia en las personas). Penalidad que sin embargo no se condice con los altos grados de violencia con que los agentes del estado reprimen esta clase de ilícitos. Precisamente, las muertes de los comuneros mapuche Alex Lemún el año 2002, Matías Catrileo en 2008 y Mendoza Collío en 2009 por funcionarios de Carabineros de Chile han ocurrido con ocasión de procesos de recuperaciones de tierras (usurpación) llevadas a cabo por comunidades indígenas sobre inmuebles colindantes.

De este modo, la adecuación típica de tales actos permite al estado de Chile criminalizar las reivindicaciones territoriales mapuche al tiempo de poner en movimiento una serie de prácticas, controles, incentivos y desincentivos que tiene por objeto la conminación de aquellos sectores del mundo indígena que desbordan los canales institucionales para la obtención de tierras. La significación (bio)política del delito de usurpación se torna, entonces, ostensible en tanto prescinde del carácter *ultima ratio* del Derecho Penal siendo la puerta de entrada para la invocación de legislaciones de corte eminentemente autoritario, otorgando asimismo un campo de discrecionalidad bastante amplio a las policías el cual, al carecer de todo control jurisdiccional, da lugar a todo tipo de abusos, y aún a la eliminación de personas, como ha quedado en evidencia.

Ahora bien, tal y como se profundizará en los capítulos siguientes, la comisión por parte de comuneros mapuche de actos que revisten el carácter de delitos enmarcados en la protesta social indígena por reivindicación de sus territorios no sólo ha importado la condena a penas por delitos comunes sino también la

de las Constituciones de 1833 y 1925. Lo anterior sumado al desarrollo del derecho internacional de los derechos indígenas incorporado al ordenamiento jurídico nacional por la vía del Art. 5º inciso 2º de la CPR permite sostener que los comuneros mapuche que realizan la recuperación pacífica de las tierras ancestrales (usurpación no violenta) se encontrarían amparados por una causal de justificación, cual es el uso legítimo de un derecho (Art. 11 N° 6 del Código Penal).

³⁶² GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. 2ª ed. 2002. p. 270.

invocación de leyes especiales como la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado o la Ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas, lo que ha significado la vulneración tanto de garantías procedimentales como de derecho penal sustantivo. Todavía más, es posible reconocer la incorporación de elementos propios de una legislación de emergencia dentro del sistema penal común como ocurre con la ley que reformó el delito del Abigeato.

Siendo así, cabe preguntarse bajo qué fundamento el Estado de Chile, a través de sus operadores jurídicos, posibilita la incriminación de comuneros bajo legislaciones de excepción en abierta contradicción con los derechos y garantías asegurados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes; ¿con qué sentido el Estado de Chile ratifica el Convenio N° 169 de la OIT y concurre con su voto en la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de sus plenipotenciarios en la suscripción de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas?

El presente capítulo persigue dar cuenta del tratamiento jurídico del que han sido objeto los *mapuche*, en particular sobre aquellos procesos que son antesala o que constituyen a la sede jurisdiccional y de aquellos procesos, que si bien no son estrictamente jurisdiccionales o jurídicos, están fuertemente vinculados ya sea a nivel de contenidos, objetivos o efectos. En definitiva, se espera visibilizar de qué manera las normativas son creadas y reproducidas a efectos de administrar la vida de las poblaciones tanto como cuerpo biológico como cuerpo social, asegurando una determinada forma de (re)producirse o estabilizarse.

En efecto, como se verá en extenso, la configuración de los tipos penales y de los procesos, como también la existencia de legislaciones con efectos únicamente simbólicos da cuenta de esa comprensión de enemigo para con el mapuche que se ha desarrollado profusamente en el capítulo III.

Antes de ingresar al análisis de las cuestiones reseñadas y a efectos de breve introducción sobre la cuestión del proceso de construcción de las normas y de ciertos aspectos vinculados con sus efectos simbólicos, se pasará a exponer una visión panorámica de las políticas legislativas de los gobiernos de la concertación, sobre los cuales, como se sabe, recaían importantes expectativas en orden a poner fin al conflicto de reducción de las tierras como a modificar y democratizar el tratamiento jurídico-penal frente a las protestas y movimientos sociales *mapuche*.

I. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS LEGISLACIONES APLICADAS EN DEMOCRACIA

1. Los gobiernos de Patricio Aylwin y Eduardo Frei. Aplicación de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

Durante los años 1991 a 2000, el ejecutivo estuvo presidido por Eduardo Frei

Ruiz-Tagle y por Patricio Aylwin Azócar, ambos militantes de la Democracia Cristiana.

Como se sabe, el primero de éstos suscribió –como parte de su campaña presidencial- el acuerdo de Nueva Imperial, en el que el gobierno se comprometía a legislar en torno a las grandes demandas del movimiento indígena: reconocimiento, participación y tierra. A estos efectos, se impulsaría “el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales, se ratificaría el Convenio N° 169 de la OIT; y se dictaría una ley indígena en que se les reconocerían sus derechos territoriales y crearía una nueva institucionalidad indígena. A cambio, el movimiento indígena apoyaría su candidatura presidencial y se comprometía a no utilizar las vías de facto para la reivindicación de sus derechos”³⁶³.

Durante el primer gobierno de la concertación, algunos de estos acuerdos fueron – formalmente- cumplidos y otros totalmente desconocidos por el gobierno y los partidos políticos que conformaban la Concertación de Partidos por la Democracia. En efecto, por un lado, se dictó la Ley Indígena y se creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena mediante la Ley N° 19.253 que, además, establecía normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas; por otro lado, el comprometido “reconocimiento constitucional” de los Pueblos Indígenas fue impulsado mediante una moción del ejecutivo, el que vaciaba de contenido al compromiso y que fue, en definitiva, rechazado por el parlamento³⁶⁴.

Asimismo, durante el gobierno de don Patricio Aylwin se interpuso una querrela en el marco de la LSE por los delitos de asociación ilícita y usurpación de tierras en contra 144 mapuche integrantes del Consejo de Todas las Tierras que, en esos

³⁶³ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, en preparación, 2009, p. 22.

³⁶⁴ Desde 1990 hasta la actualidad se conocen, al menos, 6 proyectos legislativos que buscan el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. La gran mayoría de ellos han sido impulsados por parlamentarios y no por moción del ejecutivo. Para revisar la tramitación y estado de dichos proyectos véase: boletín N° 513-91, boletín N° 2360-99, boletín N° 2534-02, boletín N° 4069-07, boletín N° 5522-07 y boletín N° 5324-07. Actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que fusiona las propuestas contenidas en los boletines N°s 5324-07 y 5522-07, el que ha sido blanco de fuertes críticas puesto que ha sido elaborada sin mediar participación y consulta previa, en la práctica limita los derechos de los pueblos indígenas al reconocer que la nación chilena es “una, indivisible y multicultural”, no reconoce la existencia de territorios ancestrales, entre muchos otros defectos. Por cuanto el análisis de estos proyectos excede el marco y objetivo de la presente investigación véase ampliamente: LEON, Ariel. Reformas legislativas y pueblos indígenas en Chile durante el gobierno de Ricardo Lagos. En: YAÑEZ, Nancy y AYLWIN, José (ed.). El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”. Santiago, Editorial LOM, 2006, pp. 247-284; Centro de Políticas Públicas. Trayectoria de proyectos de reconocimiento 1990-2006, disponible en www.politicaspUBLICAS.net.

momentos, reivindicaban territorio y autodeterminación.³⁶⁵ En general, 141 mapuche fueron sometidos a condenas de 60 a 541 días y multas entre 6 y 11 sueldos vitales³⁶⁶.

De este modo, las tensiones que se produjeron al interior de las comunidades, la insatisfacción respecto a las respuestas institucionales que les proveía la institucionalidad vigente, sumada a la conciencia histórica de un pueblo que fue oprimido y excluido durante centenares de años, determinaron que las movilizaciones por la recuperación de sus tierras ancestrales se agudizaran.

Esta intensificación del conflicto territorial explotó al conocerse la intención del conglomerado ENDESA de construir una central hidroeléctrica de 570 MW en el Alto Bio-Bio que desplazaría a cientos de Pehuenches e inundaría tierras indígenas legalmente protegidas. El conocido “caso Ralco”³⁶⁷ involucró directamente al entonces Presidente de la República don Eduardo Frei Ruiz-Tagle quien defendía abiertamente la construcción de la represa, tanto así que en un lapso menor a un año y medio decidió destituir a dos directores de la Conadi: en abril de 1997 a Mauricio Huenchulaf Cayuqueo al oponerse abiertamente a la construcción del megaproyecto³⁶⁸ y en agosto de 1998 a Domingo Namuncura y a dos de sus consejeros al enterarse que el Consejo no aprobaría las permutas para la represa Ralco, lo que conllevó, además, confusión y rabia por parte del mundo indígena³⁶⁹. Cabe destacar que esta política era ampliamente apoyada por el entonces Ministro de Obras Públicas don Ricardo Lagos Escobar, el que en su período presidencial terminó por consolidar la construcción de la represa Ralco³⁷⁰.

³⁶⁵ MELLA, Eduardo; GONZÁLEZ, Karina y LILLO, Rodrigo. La Política de criminalización del movimiento mapuche bajo el sexenio de Lagos. En: YANEZ, Nancy y AYLWIN, José. op. cit., pp. 59-100.

³⁶⁶ Además, para el vocero del Consejo de Todas las Tierras, Aucán Huilcamán, se agregó la condena de autor intelectual y, en consecuencia, fue privado de libertad por 53 días para luego salir en libertad bajo fianza. En septiembre de 1996, Aucán Huilcamán junto a otros 9 mapuche pertenecientes al Consejo presentaron ante la CIDH una comunicación en la cual denunciaban al Estado chileno como responsable de la violación de derechos humanos en perjuicio de las personas procesadas por los actos de protesta de 1992, en específico alegaron violaciones al derecho humano a la justicia y al debido proceso. Esta situación causó gran revuelo por cuanto, luego de admitida a tramitación y solicitados informe al Estado de Chile, un representante de éste habría suscrito una solución amistosa en una audiencia de la Comisión. Al darse a conocer este acuerdo, miembros de la oposición manifestaron su indignación a que Chile “cediera soberanía” y no defendiera los fallos judiciales. Por esto el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó la renuncia del funcionario que habría firmado el acuerdo y mantuvo su identidad en secreto. Véase Criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas en Chile, documento de trabajo elaborado por miembros del Observatorio Ciudadano en septiembre de 2008, sin publicar.

³⁶⁷ Véase *supra* capítulo II. 7.1 Los megaproyectos y el gobierno.

³⁶⁸ Véase el discurso del Director Nacional de la Conadi, Mauricio Huenchulaf Cayuqueo, al renunciar a su cargo, pronunciado el 25 de abril de 1997, disponible en www.mapuche.info/mapu/discurso.htm, visitado el 15/09/2009.

³⁶⁹ Véase ampliamente NAMUNCURA, Domingo. Ralco: ¿Represa o Pobreza?, Santiago, Editorial LOM, 1999.

³⁷⁰ Véase ampliamente OPAZO, Cristián. El caso Ralco y los derechos pehuenches en el Alto Bío Bío durante la administración de Ricardo Lagos. En: YANEZ, Nancy y AYLWIN, José (ed.), op. cit., pp. 419-435.

Es en este contexto en el que distintas organizaciones mapuche deciden enfrentar el proceso de expansión forestal que se estaba llevando a cabo en la zona mediante la ocupación de sus territorios ancestrales –de propiedad de empresas forestales y particulares- y se produce el conocido “caso Lumaco”³⁷¹, en el que se incendiaron 3 camiones de la empresa Forestal Bosques Arauco y que produjo las más diversas reacciones desde el mundo de la política y de los grandes empresarios.

Así es como luego de los procesos vinculados a la construcción de la represa Ralco, la ocupación de tierras usurpadas por parte de comuneros *mapuche* y las presiones que ejercía la Corporación Chilena de la Madera y la Sociedad Nacional de Agricultura a través de los medios de comunicación y sus “representantes” en el mundo de la política; comenzó la aplicación generalizada de legislaciones de excepción. Por ahora, se invocó la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado (en adelante, indistintamente “LSE”).

2. El Gobierno de Ricardo Lagos. La aplicación de la Ley sobre Conductas Terroristas.

Coincidente con la proclamación de don Ricardo Lagos Escobar como Presidente de la República el conflicto mapuche recrudeció desde distintos frentes. Es más, comenzó la aplicación de la ley más gravosa de nuestra legislación: la Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, conocida comúnmente como “Ley Antiterrorista” (en adelante, “LCT”).

Fueron 2 los grandes hitos que desencadenaron el conflicto. Por un lado, en la campaña presidencial Ricardo Lagos prometió la modificación de la Ley Indígena, la reforma de la CPR en orden a entregarles un reconocimiento formal y explícito como pueblos originarios y el traspaso de 150.000 hectáreas de tierra al patrimonio indígena. Por otro lado, se incrementó la actividad forestal en la zona³⁷² y, en base a la garantía constitucional de libertad para emprender y desarrollar cualquier actividad económica, se permitió la construcción del megaproyecto hidroeléctrico Ralco³⁷³, el que desatendía a tal punto la situación de los comuneros mapuche-pehuenches de la zona que incluía en el proyecto la inundación de un antiguo cementerio pehuenche.

³⁷¹ Véase *supra* capítulo II. 7.2 De la Industria Forestal.

³⁷² Véase *supra* capítulo II. 7.2 De la Industria Forestal.

³⁷³ *Ibid.* Si bien el último día del mandato de Eduardo Frei la Contraloría General de la República tomó razón del Decreto de Concesión Eléctrica Definitiva, ésta no se encontraba publicada al asumir la presidencia don Ricardo Lagos Escobar y, en consecuencia, existían múltiples frentes para detener la construcción. De este modo, aunque no exclusivamente, el ex presidente Lagos, en estas materias, actuó precisamente dejando de hacerlo.

El incumplimiento de las promesas³⁷⁴ que había realizado en la campaña presidencial como los conflictos que se generaron a partir de la construcción de la represa asociada al proyecto Ralco en tierras ocupadas a esa fecha por mapuche-pehuenches, hicieron estallar el conflicto. En efecto, parte de las más importantes organizaciones mapuche optaron por enfrentar el conflicto mediante vías de hecho: una parte optó por la realización de ocupaciones productivas y tomas de terrenos y, otra, por atentados incendiarios (principalmente incendios de pastizales, bosques y plantas).

Frente a tal escenario, el gobierno decidió enfrentar el conflicto continuando e intensificando su judicialización. Ésta se manifestó en dos dimensiones que pueden ser reunidas bajo la Operación Paciencia y la aplicación de la LCT.

La denominada Operación Paciencia fue reconocida expresa y formalmente por el entonces Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, quien expresaba que durante dos años se había realizado “una exitosa y sistemática labor de inteligencia policial denominada Operación Paciencia para pacificar los territorios del sur”³⁷⁵. Como se ve, fue una estrategia de inteligencia del Estado que cubrió los operativos policiales que a esa fecha eran indiscriminados y violatorios de los derechos humanos. Se persiguió y detuvo a decenas de comuneros mapuche que eran sindicados como terroristas.

Es ejemplar a estos efectos, el caso del homicidio del joven comunero mapuche Alex Lemún –de 17 años- por el Mayor de Carabineros Marcos Aurelio Treuer Heysen, producido en el marco del desalojo de un fundo de Forestal Mininco “tomado” por los comuneros de Montutui Mapu que lo reivindicaban como territorio ancestral usurpado. En efecto, el 7 de noviembre de 2002 el uniformado decidió hacer uso de municiones de plomo, impactando una de ellas en la sien derecha de Edmundo Alex Lemún, produciéndole -poco después- la muerte.

El Mayor de Carabineros Aurelio Treuer Heysen fue sobreseído definitivamente al estimarse “Que de los antecedentes hasta ahora allegados al proceso, no aparece debidamente justificada la existencia del delito investigado”³⁷⁶, aún cuando la Fiscalía Militar concluyó que “al efectuarse el disparo mortal, por parte del mayor Treuer, no existía un peligro real e inminente para su integridad y la de sus subordinados que justificara efectuar disparos con la escopeta de la forma que se hizo, razón por lo que la violencia ejercida en el momento de los hechos fue del todo innecesaria y no encuentra motivo racional que la justifica”, lo que nunca

³⁷⁴ En efecto, el proyecto de ley que otorgaba reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas fue rechazado el 18 de octubre de 2000 y las 150.000 hectáreas de tierra prometidas en realidad habían sido consideradas para todos los pueblos aborígenes del país y gran parte de ellas eran tierras que siempre habían estado en posesión de las comunidades y que ahora sólo era regularizados sus títulos. MELLA, Eduardo; GONZÁLEZ, Karina y LILLO, Rodrigo. op. cit., p. 84-88.

³⁷⁵ Diario El Mercurio, 22 de agosto de 2004.

³⁷⁶ Sentencia de la Corte Marcial, rol N° 581-2003, de 9/09/2003.

pudo ser fundadamente controvertido por la defensa del carabinero³⁷⁷. Pese a esto, como se adelantó, el mayor de carabineros quedó en absoluta impunidad y sigue prestando servicios a la institución en otra región³⁷⁸.

Por otro lado e inserta en esta estrategia de inteligencia, comienza la aplicación ya no de la Ley de Seguridad del Estado sino que de la Ley de Conductas Terroristas.

El 4 de diciembre de 2002 por petición del Ministerio Público se despliega un vasto operativo policial en la zona de la Araucanía que termina con la detención de un amplio número de integrantes de la Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauko Malleko (en adelante, "CAM"), organización que era denunciada como una asociación ilícita terrorista supuestamente responsable de un sinnúmero de atentados contra la propiedad en la zona de la Araucanía desde el año 2000³⁷⁹.

Así comienza la aplicación de la ley más gravosa de nuestra legislación, lo que será un factor determinante en la serie mecanismos que se desencadenaron y que dieron cuenta, sin duda alguna, de la decidida acción del Estado por desarticular el movimiento indígena.

II. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1. La delincuencia política y los bienes jurídicos protegidos.

La Ley de Seguridad del Estado tiene sus antecedentes materiales en diversas normativas dictadas desde los años '30³⁸⁰. El factor de conexión es la protección del Orden Público y la Seguridad del Estado. No obstante, su antecedente más inmediato se encuentra en la Ley de Defensa Permanente de la Democracia (Ley N° 8.987 de 1948, dictada bajo la Presidencia de González Videla) que establecía tanto la proscripción de toda "ideología" como tipos penales abiertos que servían para castigar a los enemigos de la seguridad del Estado³⁸¹. En aquellos días se

³⁷⁷ MELLA, Eduardo. Los mapuche ante la justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile. Santiago, Editorial LOM, 2007, pp. 99 y 100.

³⁷⁸ SEGUER, Alfredo. Crónicas de desencuentros: Gobierno de Ricardo Lagos versus Movimiento social mapuche. En: YAÑEZ, Nancy y AYLWIN, José (ed.). op. cit., p. 114.

³⁷⁹ MELLA, Eduardo. op. cit., p. 101.

³⁸⁰ Ampliamente sobre la historia legislativa de la LSE: VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. (2 vols.). Tesis doctoral, Facultad de derecho, Universidad de Salamanca, 2002. Disponible en http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2001/villegas_m/html/index-frames.html.

³⁸¹ CONEJERA, Claudio; GUTIÉRREZ, Jorge; PEDRAZA, María; QUINTANA, Luis; y ZUÑIGA, Daniela. Los Mapuche, ¿Víctimas o victimarios en el proceso de reivindicación de tierras? Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Depto. Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, septiembre de 2008, p. 104.

diferenciaba entre los propiamente enemigos del Estado y aquellos que atentaban contra el Orden Público, entendido éste ya sea como “orden en las calles” o como “orden del sistema económico”³⁸².

La aplicación de esta ley a los conflictos que se estaban desarrollando en la zona implicaba la calificación de los hechos como “delitos políticos” y en consecuencia, amén de la doctrina nacional e internacional, las conductas eran entendidas como atentatorias contra la organización política o constitucional del Estado y que se realizaban, además, con un fin político³⁸³.

Los delitos políticos suponen entender que se han cometido en el contexto de un régimen autoritario o, también, de una democracia formal³⁸⁴⁻³⁸⁵. Asimismo, se entiende que son conductas que buscan la modificación o alteración del orden político y constitucional del Estado, pero que en sus medios se respetan las normas humanitarias del conflicto. Finalmente y en relación con lo anterior, la violencia no es inherente a los delitos políticos –a diferencia de los delitos de terrorismo- por cuanto se han reconocido históricamente delitos políticos de conciencia en contraposición a aquellos “de sangre”³⁸⁶.

En este sentido, los delitos de terrorismo difieren de los políticos toda vez que pretenden alterar³⁸⁷ las bases constitucionales del Estado en sus dimensiones sociales, políticas y económicas; se caracterizan por el uso de la violencia indiscriminada y masiva, desconociendo así toda norma humanitaria en el conflicto y por usar medios con una potencialidad excepcionalmente dañina.

Si bien la calificación jurídica de delitos políticos ha sido tradicionalmente

³⁸² Informe final, proyecto de investigación “Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche”, Universidad Central, octubre de 2008, p. 99.

³⁸³ CASANOVA, Catalina y ORTIZ, Rocío. Delitos políticos y delitos de terrorismo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Depto. de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 47. Cabe señalar, que en relación a la naturaleza de los delitos políticos se adopta la teoría mixta restrictiva. Ésta, en lo medular, postula una posición teleológica y una relación de integración entre los elementos subjetivos y objetivos, lo que trae como consecuencia la negación de la extradición a los delincuentes políticos para así dispensarles un tratamiento penitenciario especial, más benévolo y, eventualmente, otorgarles amnistía.

³⁸⁴ Se entiende, a los efectos de esta investigación, por democracia formal aquel sistema en el que los canales de participación no se encuentran materialmente abiertos a los ciudadanos. En otros términos, los canales de participación se encuentran abiertos sólo formalmente de tal modo que no se contribuye a una real participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, especialmente en aquellas que atañen a sus derechos individuales y colectivos.

³⁸⁵ De otro modo, se negarían los fundamentos de su “supuesto trato beneficiario” por cuanto existirían los canales de participación que permiten generar los cambios sociales y políticos que pretende la delincuencia política.

³⁸⁶ *Ibíd.*, p. 162-165.

³⁸⁷ Según el diccionario de la Real Academia Española alterar significa “Cambiar la esencia o forma de algo”. Así, a lo largo de este documento cuando se haga referencia a la finalidad política de alterar el orden constitucional democrático se entenderá como una alteración significativa, sustancial o esencial. Tanto así que su uso se aproximaría al de destrucción del orden constitucional al significar una modificación de su núcleo esencial o distintivo.

entendido como un beneficio para los imputados por cuanto otorga el privilegio extraditorio, el derecho de asilo o su amnistía, no es menos cierto que en la LSE chilena la mayoría de los tipos penales tienen asociadas penas más altas y comportan, además, el adelantamiento de la punibilidad al, por ejemplo, castigar la proposición y la conspiración como delitos consumados³⁸⁸. Dichas características sólo encuentran justificación en Estados que son particularmente autoritarios y que poseen un derecho penal despótico y autoritario, y en los que la disidencia política es especialmente indeseada (así, por ejemplo, el Estado moderno en su modalidad Corporativista, en el que el Estado era concebido como un instrumento para la actividad política y social, y por tanto implicaba el refuerzo del poder estatal)³⁸⁹.

Así las cosas, en los hechos, la aplicación de esta legislación especial tiene asociada la aplicación de penas más altas, el adelantamiento de la punibilidad, pero más interesante aún, la noción de que tales hechos buscaban alterar el orden constitucional del Estado. Ésta última idea, como se verá a lo largo de este informe, genera un “ambiente” propicio para construir esa idea de mapuche como enemigos o, en palabras de JAKOBS, como aquellos que se alejaron de modo duradero del derecho.³⁹⁰

La valoración de las conductas cometidas como políticas se encuentra en toda la justificación normativa que subyace a la LSE. Así, ha castigado tradicionalmente figuras como la insurrección, rebelión y sedición, la guerra externa, entre otras³⁹¹.

Los bienes jurídicos protegidos son el Orden Público y la Seguridad Interior del Estado.

Por su parte, el concepto de Orden Público cumple una importante función de estabilización del sistema político. Por ello su contenido es tan variable que puede –y así lo ha hecho- defender tanto una dictadura como una democracia³⁹².

No obstante, han existido dos grandes formas de concebir este concepto. Por un lado, como el cumplimiento u observancia de las normas básicas de organización política y social, esto es, de las normas fundamentales del Estado. Así, el espacio de regulación puede estar constituido por las relaciones que se originan entre el

³⁸⁸ El artículo 23 de la LSE prescribe: “La proposición y la conspiración para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley, serán castigados con las penas acumulativas correspondientes a todos los delitos cometidos”.

³⁸⁹ VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit., p. 184.

³⁹⁰ JAKOBS, Gunther. Derecho penal de ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS-CANCIO MELÍA. Derecho Penal del Enemigo, editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 39 y 40.

³⁹¹ La clasificación proviene de WALKER, Ignacio. *El Delito Político*. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1980.

³⁹² CONEJERA, Claudio; GUTIÉRREZ, Jorge; PEDRAZA, María; QUINTANA, Luis; y ZUÑIGA, Daniela. op. cit., p. 105.

Estado y los particulares como entre privados³⁹³. Por otro lado, ha sido entendido bajo un concepto con una mayor connotación estatal: “la subordinación a los órganos del Estado constituye la textura de disciplina social y política, sin la que no se concibe la realización de los fines del Estado; la paz pública excluye aquella presión o intimidación que cohíben el ejercicio de los derechos individuales”.³⁹⁴

De este modo, el Orden Público no puede ser entendido como una institución jurídica sin referencia –formal o material- a las garantías constitucionales. Es más, se puede llegar a indicar que es una institución con sólo efectos instrumentales toda vez que su rol sería limitar, en algunas situaciones y de determinadas formas, los derechos individuales con el objeto de asegurar el ejercicio de estos mismos derechos. Por tal razón, en primer lugar, desencadena un ejercicio de los gobernantes y, en segundo lugar, las normas que protejan éste bien jurídico deben ser excepcionalísimas y su interpretación restrictiva, por los riesgos que conlleva en su propia autocomprensión.

Así el orden público se entiende como la “paz pública” en relación al ejercicio de los derechos individuales. Pero la preponderancia del sistema económico ha hecho que exista una dimensión fuertemente económica, construyendo así una protección a algo así como el Orden Público Económico o como se entendía antiguamente al mantenimiento del sistema económico que era protegido mediante la sanción de numerosas conductas relacionadas con los conflictos laborales: paralización de actividades, huelgas, sabotaje doloso de actividad industrial, entre otras³⁹⁵

Por otra parte, la Seguridad Interior del Estado ha sido tradicionalmente entendida por todos los poderes del Estado como la Protección de la soberanía nacional y de la integridad territorial.

2. El carácter político de la Ley de Seguridad del Estado.

Este carácter fundamentalmente político de la LSE no sólo se puede inferir de su construcción normativa y de los bienes jurídicos protegidos sino que también –y

³⁹³ GONZÁLEZ, Felipe. Leyes de Desacato y Libertad de Expresión. p. 5. [en línea] < http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/desacato_libertad_expresion.pdf > [consulta: 15 de diciembre de 2007].

³⁹⁴ RODRÍGUEZ, José. *Derecho Penal Español, Parte Especial*. Madrid, Imprenta Artes Gráficas, 1983. p. 761.

³⁹⁵ El N° 3 del artículo 3 de la antigua LSE sancionaba a los que “inciten a ejecutar o de hecho lleven a cabo el sabotaje, la paralización, la implantación del sistema de trabajo lento o cualquier otro acto ilegal que altere o pueda alterar dolosamente el normal desenvolvimiento de un servicio público o de utilidad pública”. Por su parte, el N° 4 del mismo artículo sancionaba a los que “organicen, mantengan o estimulen paros o huelgas con violación de las disposiciones legales que los rigen y que produzcan o puedan producir alteraciones del orden público o perturbación en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales”.

principalmente- al observar la construcción y aplicación jurisprudencial del antiguo delito de desacato.

Se encontraba tipificado en la letra b) del artículo 6 de la LSE y castigaba las difamaciones, injurias y calumnias dirigidas contra el Presidente de la República, Ministros de Estado, Senadores, Diputados, Jueces de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y General Director de Carabineros, sea que éstas se hubiesen emitido con o sin motivo del ejercicio de las funciones del ofendido³⁹⁶.

Como es posible imaginar, este tipo penal fue usado para silenciar y castigar a periodistas y escritores durante todo el Régimen Militar y gran parte de los gobiernos de la concertación, en concreto hasta el año 2001 en el que se promulgó la Ley N° 19.773 sobre Libertad de opinión e información y ejercicio del Periodismo, comúnmente conocida como Ley de Prensa, la que vino a modificar drásticamente el artículo 6 letra b) de la LSE. A estos efectos, simplemente considérese el conocido caso del “Libro Negro de la Justicia Chilena”³⁹⁷.

El poder de este artículo para silenciar y censurar no se encontraba sólo en su texto y en el hecho que estuviera consagrada en la LSE, sino que también en su entendimiento jurisprudencial. En efecto, la Corte Suprema indicó

“que, por cierto, no es posible afirmar de un modo evidente e irrefutable que el Orden Público, esto es, la confianza general en el normal desenvolvimiento de las actividades ciudadanas, se vea efectivamente lesionada por las injurias, calumnias o difamaciones dirigidas en contra de autoridades públicas; sin embargo, sí puede afirmarse, como un hecho obvio y no necesitado de prueba, que tales conductas a lo menos importan un innegable peligro para ese Orden Público. En tales circunstancias, lo más razonable es estimar que el resultado de este delito es el peligro para el Orden Público, el cual, por lo mismo que se trata de un delito formal, supone un peligro abstracto que no debe ser probado. En otras palabras, él sólo hecho de injuriar, difamar o calumniar a determinadas autoridades constituye, en sí mismo, un atentado contra el Orden Público”³⁹⁸.

³⁹⁶ La letra b) del artículo 6 de la LSE indica que cometen delito contra el orden público “Los que ultrajaren públicamente la bandera, el escudo o el nombre de la Patria, himno nacional y los que difamen, injurien o calumnien al Presidente de la República, Ministros de Estado, Senadores o Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, o General Director de Carabineros, sea que la difamación, la injuria o la calumnia se cometa con motivo o no del ejercicio de las funciones del ofendido”.

³⁹⁷ El mismo día de su publicación y comercialización, el ex – presidente de la Corte Suprema, Servando Jordán López, interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago un requerimiento basado en el artículo 6 letra b) de la LSE, por medio del cual su venta fue prohibida y todas las copias del libro fueron requisadas. En CONEJERA, Claudio; GUTIÉRREZ, Jorge; PEDRAZA, María; QUINTANA, Luis; y ZUÑIGA, Daniela. op. cit., pp. 104-105.

³⁹⁸ Corte Suprema, 15 de febrero de 2000, rol 3.232-99.

3. El contenido normativo y algunos aspectos procesales relevantes en el conflicto territorial.

La LSE tipifica delitos contra la soberanía nacional y la seguridad exterior del Estado, contra la seguridad interior del Estado, contra el Orden Público y contra la normalidad de las actividades nacionales. Asimismo, contiene disposiciones generales a todos los delitos, la jurisdicción y el procedimiento, las disposiciones sobre la prevención de los delitos contemplados en la ley y las facultades ordinarias del Presidente de la República para velar por los bienes jurídicos anteriormente señalados.

La gran mayoría de los mapuche que han sido procesados o condenados bajo esta ley, han sido acusados de infringir la letra c) de artículo 6 de la LSE, que prescribe que cometen delitos contra el Orden Público: “los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpen o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales, de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos”.

Tal delito será penado, de acuerdo al artículo 7 de la LSE, con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo si hubiera resultado de muerte o lesiones graves; con presidio mayor en su grado mínimo en el caso de cualquier otra lesión; y, con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo en cualquiera de los demás casos. En el evento que tales hechos fueran realizados en tiempo de guerra se aumentará en un grado la pena mínima.

Como ya se indicó, el artículo 23 de la LSE adelanta la punición al prescribir: “la proposición y la conspiración para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley, serán castigadas con la pena señalada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados.”

En relación al procedimiento, el año 2002 por medio de la Ley N° 19.806 se modificó el legitimado activo que era a esa fecha el Intendente Regional o el Ministro del Interior, los que se dirigirían a la Corte de Apelaciones respectiva, por la siguiente disposición: “las investigaciones de hechos constitutivos de los delitos descritos y sancionados en esta ley, en los Títulos I, II y VI, Párrafo 1° del Libro II del Código Penal y en el Título IV del Libro III del Código de Justicia Militar, sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Ministerio del Interior, del Intendente Regional respectivo o de la autoridad o persona afectada. El denunciante o querrelante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal”.

El hecho que sólo el Intendente Regional o el Ministro del Interior pudieran iniciar el proceso bajo la LSE, es ilustrativo del carácter fundamentalmente político de

esta legislación. Aún más, por la estructura jurídico-procesal de la LSE se puede concluir que implica para el Poder Judicial y sus miembros una postura más activa y comprometida con las políticas de Gobierno, lo que atenta abiertamente contra principios tan elementales como la división de poderes y la imparcialidad del Tribunal, entre otros³⁹⁹.

III. LA LEY DE CONDUCTAS TERRORISTAS Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1. Concepto de terrorismo en la legislación internacional.

El fenómeno del terrorismo a nivel internacional ha cobrado especial importancia en las últimas dos décadas -particularmente luego del 11 S-, lo que ha generado una proliferación de convenios, tratados y aportes doctrinarios para delimitar y caracterizar esta especial forma de terrorismo. En general, se ha entendido que hay Terrorismo Internacional cuando se producen consecuencias internacionales. En este sentido y considerando los cometidos de esta investigación, sólo se revisarán el Terrorismo Insurgente Internacional y el Transnacional con la finalidad de observar de qué modo los convenios y/o tratados sobre estas materias protegen a la propiedad⁴⁰⁰.

El Terrorismo Internacional propiamente tal se caracteriza por ejecutarse con la deliberada intención de afectar la estructura y distribución del poder en regiones enteras del planeta o bien porque sus actores individuales y colectivos han extendido sus actividades por un significativo número de países o áreas geopolíticas, en consonancia con el alcance de los propósitos declarados. Asimismo, puede ser identificado como aquel en el cual sus actores individuales y colectivos han extendido sus actividades por un significativo número de países o áreas geopolíticas, en consonancia con el alcance de sus propósitos⁴⁰¹.

Por su parte, el Terrorismo Transnacional se caracteriza por atravesar, de una u otra forma, las fronteras estatales, manteniendo estructuras organizativas o desarrollando actividades violentas en más de un país, incluyendo, por lo general, territorios sobre los cuales no tienen jurisdicción alguna las autoridades a quienes dirigen sus demandas. Adicionalmente, esos actos de violencia involucran a más de un país y con frecuencia a individuos de dos a más nacionalidades, tanto respecto a los terroristas como a sus víctimas⁴⁰².

³⁹⁹ RUIZ-TAGLE, Pablo. *“Análisis comparado de la función judicial”* En: Revista Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, N° 39, 1990. p. 144.

⁴⁰⁰ Así no se tratará el Terrorismo de Estado Internacional y el Terrorismo Islamita.

⁴⁰¹ Véase REINARES, Fernando. *Terrorismo Global*. Madrid. Taurus. 2003.

⁴⁰² *Ibidem*.

Ahora bien, las figuras de terrorismo han sido entendidas como un crimen internacional. Por esto, en un sentido amplio, comprenden a todas las conductas que bajo ciertas circunstancias constituyan una violación a los principios del *ius cogens* o, en otras palabras, a aquellas normas internacionales de reconocida importancia para la comunidad internacional y de aplicación vinculante para los Estados⁴⁰³. Asimismo, en un sentido restringido, las figuras de terrorismo se encontrarían identificadas, en el plano internacional, con aquellas concretas figuras penales incriminadas por el Derecho Penal Internacional, en concreto con los crímenes contra la paz, contra la humanidad y con los crímenes de guerra.

De este modo, para estar en presencia de una conducta de terrorismo internacional debe encontrarse tipificada por una norma de carácter internacional que la caracterice como crimen internacional, importando que los Estados que suscriban el tratado puedan y deban perseguir la conducta descrita, independientemente de que dicha conducta esté o no contemplada en el ordenamiento interno⁴⁰⁴.

Así por ejemplo, el Convenio para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York 1999) considera conducta terrorista la afectación de la propiedad pública y privada sólo en cuanto importe un atentado contra el ámbito de indemnidad personal o contra la función social de la propiedad. Señala el artículo 2 del mencionado convenio:

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

- a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o*
- b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.*

En virtud del artículo 1 del Convenio, por "*instalación pública o gubernamental*" se entiende toda instalación o vehículo permanente o provisional utilizado u ocupado por representantes de un Estado, miembros del gobierno, el poder legislativo o el judicial, funcionarios o empleados de una entidad estatal o administrativa o funcionarios o empleados de una organización intergubernamental a los efectos del desempeño de sus funciones oficiales.

⁴⁰³ El concepto de *ius cogens* se encuentra positivamente consagrado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratos.

⁴⁰⁴ Asimismo, se exige la presencia de un elemento internacional y/o transnacional, de una acción masiva y/o sistemática, de un criterio de gravedad y de un reproche subjetivo en la conducta del autor.

Por "*instalación de infraestructura*" se entiende toda instalación de propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público, como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones.

Por "*lugar de uso público*" se entienden las partes de todo edificio, terreno, vía pública, curso de agua u otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público de manera permanente, periódica u ocasional, e incluye todo lugar comercial, empresarial, cultural, histórico, educativo, religioso, gubernamental, de entretenimiento, recreativo o análogo que sea accesible en tales condiciones o esté abierto al público.

Por "*red de transporte público*" se entienden todas las instalaciones, vehículos e instrumentos de propiedad pública o privada que se utilicen en servicios públicos o para servicios públicos a los efectos del transporte de personas o mercancías.

Como se podrá observar, todos los lugares a los que se refiere el Convenio tienen una estrecha vinculación ya sea con la afectación del ámbito de indemnidad personal o con la función social de la propiedad, por existir ya sea un potencial y cierto riesgo para la vida o para los intereses generales de la nación, la seguridad nacional o la utilidad o salubridad pública. En este sentido, los delitos contra la propiedad no pueden subsumirse dentro del concepto de terrorismo.

En definitiva, desde la óptica de las exigencias del derecho internacional los "incendios terroristas" que se han conocido hasta la actualidad en el marco de la recuperación territorial, realmente no pueden ser imputados a título terroristas por existir una inadecuación conceptual.

2. Concepto de terrorismo en la Ley de Conductas Terroristas y la cuestión mapuche.

La Ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas, fue creada en el año 1984, en plena dictadura militar, con el objeto de convertirse en un instrumento legal para combatir –de la manera más dura, al concebir a sus infractores como terroristas- la creciente disidencia opositora que en aquellos años confluía en un cohesionado referente para desestabilizar e impulsar el fin de la dictadura⁴⁰⁵. Desde otra perspectiva, era la neutralización del enemigo interno conforme lo exigía la aplicación de la DSN⁴⁰⁶.

El advenimiento de los regimenes democráticos en el año 1989, trajo consigo un

⁴⁰⁵ MELLA, Eduardo; GONZÁLEZ, Karina; y LILLO, Rodrigo. op. cit., p. 70.

⁴⁰⁶ Informe final, proyecto de investigación "Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche". op. cit., p. 138. Véase *supra* capítulo I.

proceso de reforma legislativo que incluyó el paquete legislativo conocido como “Leyes Cumplido”, en el que se incluía la modificación de la LCT. Así, la reforma más importante a esta ley fue materializada mediante la Ley N° 19.027, por medio de la cual se cambió la estructura de los delitos terroristas, cambiando de un catálogo de conductas que eran consideradas terroristas y que no contaban con ninguna referencia al elemento subjetivo del tipo, a la preeminencia de las denominadas “finalidades terroristas”⁴⁰⁷. Así, como se verá en detalle más adelante, la construcción dogmática de los delitos de terrorismo estaría dada por la concurrencia de un delito base y la finalidad terrorista⁴⁰⁸.

La introducción de este elemento subjetivo en el tipo respondió, por un lado, a la fuerte presión internacional y nacional que existía en torno a los “presos políticos” de la dictadura. En efecto, una parte no despreciable de aquellos se encontraban procesados y detenidos al amparo de la LCT⁴⁰⁹ y, en consecuencia, para recalificar sus conductas y reconstruir un proceso justo y razonable era necesario modificar la ley⁴¹⁰. Por otro lado, era consustancial a la transición a la democracia eliminar la referencia a ideologías políticas del texto de la LCT.

No obstante, las buenas intenciones que se pueden observar en el proceso que originó la reforma como en las mismas modificaciones, subsisten serios e importantes problemas dogmáticos y político-criminales que son incompatibles con un Estado de Derecho que se ha organizado democráticamente y que reclama la protección de los Derechos Fundamentales de sus ciudadanos.

La concepción del gobierno que impulsó las modificaciones entendía que el terrorismo no era una ideología sino que “un método de acción criminal al cual recurren los extremismos de derecha e izquierda, los narcotraficantes, los fanáticos religiosos, los traficantes de armas, los gobiernos totalitarios y las

⁴⁰⁷ A efectos del conflicto territorial, cabe destacar que el texto primitivo de la LCT no incluía al incendio dentro del catálogo de conductas terroristas. Fue ésta misma reforma el que lo incluyó por estimar que constituía un medio para causar estragos, un delito de peligro, como se verá.

⁴⁰⁸ Ésta técnica no es exclusiva de nuestra legislación. A modo ilustrativo, el Consejo de la Unión Europea adoptó el año 2002 la Decisión Marco sobre Lucha contra el Terrorismo (2002/475/JAI) mediante una técnica legislativa similar. En efecto, el artículo 1° prescribe que para configurar el delito terrorista se debe estar frente a un delito tipificado tanto por la decisión marco como por las legislaciones nacionales y que concorra alguna de las “finalidades terroristas” que indica.

⁴⁰⁹ Así, por ejemplo, fue aplicada a los autores del atentado al General Pinochet, a los intervinientes en el asalto a la Panadería Lautaro, a ciertos funcionarios y médicos de la Clínica Chiloé, entre otros. Véase Informe final, proyecto de investigación “Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche”. op. cit., p. 139.

⁴¹⁰ En el Mensaje presidencial de Patricio Aylwin se expresó “Es urgente hacer las modificaciones pertinentes en lo que respecta al derecho al debido proceso, a un justo y racional juzgamiento particularmente por el alto número de personas procesadas por delitos políticos, constitutivos de los que se han llamado “presos políticos””. En Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990 con que se inicia el Proyecto de Ley que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas. Texto en Historia de la Ley 19.047 (D. Oficial de 14 de febrero de 1991). Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, p. 2.

dictaduras”.⁴¹¹ Así, **la referencia a la finalidad política quedó expresamente excluida**. Esta ausencia de uno de los elementos interpretativos y constitutivos fundamentales del fenómeno terrorista, ha producido –y produce- una amplitud e indeterminación tal del tipo penal que muchas conductas delictivas que son “comunes” o que provienen de la violencia social o espontánea sean susceptibles de ser calificadas como terroristas.

Por otro lado, fruto de esta concepción y en relación al tipo objetivo, **no contempla como integrante del injusto penal a la organización terrorista**.

No obstante, aún cuando sea menester reconocer que sustantivo penalmente no es posible construir los tipos penales de terrorismo si no es agravando las penas a delitos comunes, se entiende ampliamente que **es correcto identificar una finalidad política –socavar el orden constitucional- como elemento subjetivo que acompaña al dolo y exigir como elemento del tipo objetivo la organización**⁴¹².

Efectuando un análisis de las disposiciones de la LCT, en especial de sus artículos 1º y 2 se puede concluir –provisoriamente- que el concepto de delitos de terrorismo que consagra la ley está dado por la relación de 3 elementos, a saber:

- i. La finalidad perseguida por los autores o elemento teleológico (gestación de la alarma pública o del temor);
- ii. El empleo de medios de comisión extremadamente dañosos; y,
- iii. La afectación de bienes jurídicos que pueden presentarse en una dimensión tanto individual como colectiva.

El elemento teleológico del tipo terrorista está consagrado en el artículo 1º de la LCT como una de las circunstancias que deben concurrir a efectos de su calificación jurídica. Como ya se ha señalado, la finalidad que se exige concurra no está dada por identificar una finalidad política en la conducta del infractor, sino que por la **alteración de la “tranquilidad pública” mediante la gestación del temor en la población o en parte de ella**. Así las cosas, se esquivo la verdadera finalidad terrorista –desconociendo su dimensión histórica y social- de quebrar las bases de la institucionalidad democrática y usurpar el poder, y se castiga en torno a la idea de generar temor o alarma, cuando en un sentido correcto éstas deben ser interpretadas como un medio en la conducta del terrorista para alcanzar su verdadera finalidad: alterar el orden institucional para hacerse del poder. En otras palabras, el terrorista persigue la alarma pública o el temor a efectos de preparar

⁴¹¹ Mensaje Presidencial de 11 de marzo de 1990, proyecto de ley que modifica la Ley 18.314 sobre conductas terroristas y fija su penalidad. En Historia de la Ley 19.027, (D. Oficial 24 de Enero de 1991) que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, pp. 1 y ss.

⁴¹² Informe final, proyecto de investigación “Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche”, op. cit. p. 139.

el camino para la toma del poder⁴¹³.

Este **reconocimiento de la finalidad política es importante**, además, puesto que es la dimensión que **permite establecer un límite entre la delincuencia terrorista, la delincuencia social o espontánea y aquellas manifestaciones de lo que se ha denominado “terrorismo de Estado”**.

Cabe destacar que la CPR en su artículo 9 al prescribir que los delitos de terrorismo “serán considerados” siempre comunes y no políticos no está refiriéndose a la finalidad política propia del fenómeno terrorista sino que, simplemente, está indicando que no tendrán el tratamiento privilegiado que tiene – y merece- la delincuencia política. Es más, ésta disposición puede ser entendida como un reconocimiento del legislador constitucional de la dimensión política que se ha afirmado está íntimamente ligada al fenómeno terrorista, de otro modo ¿por qué el legislador hubiera tenido que excluir expresamente este tratamiento privilegiado?⁴¹⁴

En relación al uso de medios especialmente dañosos, crueles o bárbaros se debe indicar que si bien es una exigencia que cobra importancia en la medida en que se relaciona con la afectación masiva, indiscriminada e inhumana de los derechos humanos fundamentales, no es exclusiva de los delitos de terrorismo y, por tanto, es condición necesaria pero no suficiente. En efecto, se puede identificar tal situación en otros delitos, por ejemplo en la diseminación de gérmenes patógenos (artículo 316 del Código Penal).

Cobra mayor importancia tal objeción cuando se observa la presunción contenida en el inciso 2 del N° 1 del artículo 1º, al **presumir la finalidad terrorista por el hecho de utilizar medios de comisión calificados como especialmente gravosos**, situación que tiene serios problemas tanto dogmático penales como político criminales.

En este sentido, el terrorismo para alcanzar sus fines hace uso de métodos de acción indiscriminados, sin ningún respeto por las “normas humanitarias de los conflictos” y sin consideración alguna sobre sus potenciales víctimas. Así, el miedo y la amplitud de los efectos trágicos de sus medios son características insoslayables del terrorismo que no son identificables en la historia reciente ni menos aún en el “conflicto mapuche”. En efecto, **la violencia política ha sido selectiva**, sin encontrar situaciones en que se haya afectado indiscriminadamente la vida, la integridad física o la salud de la población ni la de algún sector.

Así lo ha entendido José Zalaquett, al señalar las siguientes características como indispensables para estar frente al fenómeno terrorista: “1. Que se use o amenace

⁴¹³ Véase ampliamente VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit.

⁴¹⁴ Ibíd.

usar la **fuerza contra civiles o de modo indiscriminado** 2. Que tal uso o amenaza sea un medio de combate o elemento de una estrategia para lograr ciertos **objetivos ideológicos** o políticos. 3. Que se procure conseguir dichos fines induciendo un **estado de miedo** en la población o en sectores de ella y o procurando una respuesta de las autoridades. 4. Que se **busque la más amplia publicidad** posibles de los actos” (énfasis agregado).⁴¹⁵

Desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos por la LCT, ha de afirmarse que la protección punitiva que supone esta legislación, tiene un carácter dual: en un primer nivel se desplegaría la protección de intereses individuales y, en un segundo nivel, la protección de determinados intereses “supraindividuales” o colectivos. En efecto, en la medida en que la técnica legislativa de la LCT se caracteriza por el uso de delitos comunes en los que concurre una finalidad terrorista, el interés o bien jurídico individual será aquel que protege la disposición de legislación penal común y el interés colectivo aquel que identifiquemos en relación a la exigencia de la finalidad en la conducta.

La determinación de cuál es el interés “supraindividual” protegido ha suscitado numerosos debates. En la medida en que es el propósito exigido por el artículo 1 de la LCT el que determina en definitiva el objeto de tutela penal es que la finalidad de “intimidar a la población o un sector de ella” lleva a identificar el objeto de protección penal con *la seguridad pública*, similar a los conceptos de “tranquilidad pública” u “orden en las calles”. Por otra parte, la finalidad de “arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias” revela que el bien jurídico protegido es “la seguridad interior del Estado”, lo que presenta cierta similitud con la finalidad exigida en ciertos tipos penales contenidos en la LSE. Ahora bien, en realidad la seguridad interior del Estado no es el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo como *nomen iuris proprio* sino que, en atención a las características del fenómeno, lo es el “ordenamiento constitucional democrático”, concepto que a diferencia de aquel, evita el riesgo de utilizar la ley penal como herramienta para la eliminación del disenso político⁴¹⁶.

Este bien jurídico se recoge en la legislación comparada, así por ejemplo, en la *legislación española*, el reconocimiento del objeto de tutela penal en el sentido indicado, se hace menos confuso, coincidiendo la doctrina mayoritaria en que en las infracciones políticas éste se identifica con la **protección del ordenamiento constitucional democrático**, concepto que parece acuñar en cierto sentido los tipos penales contenidos en el CP de 1995 al exigir para la calificación de una conducta como delitos de terrorismo la finalidad de “subvertir el orden constitucional”, que hemos de entender como “alteración del orden constitucional”,

⁴¹⁵ ZALAUQUETT, José. “Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo”, *Anuario de Derechos Humanos* 2006, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 181.

⁴¹⁶ Véase VILLEGAS DÍAZ, Myrna. . *Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal*, en Revista Política Criminal N°2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, www.politicacriminal.cl; disponible también en Rev. Pensamiento Penal, N° 42 de 22 diciembre 2006, Buenos Aires, www.pensamientopenal.com.ar.

única manera de incriminar conductas que provienen tanto del terrorismo insurgente como del terrorismo patrocinado por instituciones del Estado. No obstante, por otra parte, los tipos penales de terrorismo exigen como finalidad alternativa, el “alterar la paz pública”, concepto que resulta confuso dada su indeterminación, y que si bien se encuentra presente en los delitos de terrorismo no es conveniente considerarle un bien jurídico protegido.

En una sociedad democrática es una garantía y principio informador la participación ciudadana a través de vías o cauces legales que, en todo caso, han de ser materiales y no meramente formales. Es esto lo que en definitiva, el terrorismo no respeta, y en lugar de utilizar los cauces institucionales “materialmente” garantizados, **utiliza como método de lucha política una violencia indiscriminada**, pretendiendo, sobre la base del miedo o la intimidación, que la población o un amplio sector de la misma adhiera a sus postulados políticos. **Se trata de la imposición, por la fuerza, de una determinada ideología política. Luego, el bien jurídico de naturaleza colectiva que resulta objeto del ataque no es otro que el ordenamiento constitucional democrático** originado en la manifestación de la voluntad popular. De ahí la importancia de considerar o valorar el elemento político en el injusto penal⁴¹⁷.

En relación a los bienes jurídicos individuales que se ven afectados por la comisión de los delitos comunes a través de los cuales se expresan los delitos de terrorismo, si bien se puede contar a la propiedad deben restringirse a la vida, la integridad física y la libertad. La propiedad sólo debería incluirse –eventualmente- en relación a su función social, como lo hace el concepto internacional de terrorismo. Es más, la importancia de la propiedad como derecho humano ha sido relativizada⁴¹⁸. En efecto, han tendido a desaparecer referencias al derecho de propiedad como derecho humano en los documentos más recientes de las Naciones Unidas⁴¹⁹; no se encuentra –en su sólo concepto de propiedad individual- consagrado en el concepto de terrorismo que ha construido la legislación internacional, aún luego del denominado 11S; y ha sido expresamente reconocido como no merecedor de una tutela penal de la envergadura de la LCT por el propio gobierno al expresar que “La no inclusión de la propiedad como uno del los bienes jurídicos directamente protegidos por la legislación antiterrorista, responde justamente a la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad

⁴¹⁷ Véase VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit.

⁴¹⁸ Ampliamente: SAAVEDRA, Sebastián; CAYUQUEO, Álvaro; MONTESINOS, Pablo; y SOLER, Grethel. Conflicto mapuche y legislación antiterrorista: Análisis crítico para un Estado de derecho Democrático. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Depto. de Ciencias Penales, 2007, pp. 164 y ss; VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit; DEL BARRIO, Álvaro y LEÓN, José. Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile. 1990; CONEJERA, Claudio; GUTIÉRREZ, Jorge; PEDRAZA, María; QUINTANA, Luis; y ZUÑIGA, Daniela. op. cit., entre otros.

⁴¹⁹ BOBBIO, Norberto. Sobre el fundamento de los derechos del Hombre. En el tiempo de los derechos. Editorial Sistema, Madrid, 1991, pp. 53 y ss.

y *ultima ratio*, que deben ser el bastión de un derecho penal democrático en el contexto de un Estado de Derecho⁴²⁰.

En definitiva, si bien el objeto material del delito, el substrato empírico del bien jurídico, aquello sobre lo cual recae directamente la conducta del agente son bienes como la vida, la integridad física, la salud o la libertad de las personas, esto no significa que el tipo penal deba agotarse en la lesión de los mismos, sino que **se exige que los actos realizados por el agente tengan materialmente la capacidad de alterar el ordenamiento constitucional democrático.**

Finalmente y en relación al elemento objetivo del tipo organización, debe comprenderse que en la medida en que el terrorismo es una estrategia política que en base al terror, la violencia sistemática y los métodos de acción indiscriminadamente atentatorios contra los derechos humanos fundamentales, persigue desestabilizar la institucionalidad o alterar el orden democrático, no parece plausible que pueda ser realizado por un sujeto activo individual y, por tanto, **debe exigirse la presencia de una organización**⁴²¹. Tanto es así que no existiendo una organización debería reconducirse la calificación a las hipótesis de delitos comunes (delitos cometidos configurados bajo autoría material, coautoría, instigación, entre muchas otras que tienen la aptitud para dar cuenta de estos fenómenos).

3. Alteración de reglas ordinarias de penalidad y responsabilidad en el ámbito sustantivo penal.

A través de la especial construcción normativa que presentan las denominadas finalidades o propósitos terroristas se vulneran –como se verá- distintas garantías que deben informar, por expreso mandato constitucional, el ámbito sustantivo penal y, como no, el ámbito procesal penal. Especialmente, nos referimos a la presunción de inocencia y al principio de legalidad y taxatividad.

3.1 Las circunstancias expresadas en el N° 1 del artículo 1 de la LCT y la vulneración de la presunción de inocencia, del principio de legalidad y de culpabilidad.

La primera circunstancia o finalidad que determina la cualificación de un delito terrorista está dada por el número 1 del artículo 1 de la LCT que indica:

“Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población, o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de

⁴²⁰ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la LCT, 3 de julio de 2006, N° 185-354.

⁴²¹ VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit., pp. 615-638.

los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran ocasionar grandes estragos o mediante el envío de cartas, paquetes y objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.

En consecuencia, la construcción del tipo penal exige que el autor persiga intimidar a la población o a una parte de ella, generando un temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, o sea, delitos de terrorismo tipificados en la LCT. Ahora bien, no se exige que la población o parte de ella resulte efectivamente atemorizada sino que se ponga en peligro el bien jurídico protegido. En efecto, los delitos sobre los cuales debe concurrir dicha finalidad y que se encuentran enumerados en el artículo 2 de la LCT se entienden consumados desde que se ha puesto en peligro concreto el bien jurídico colectivo, lo que sucede desde que se evidencian actos ejecutivos aptos para producir el riesgo. Esto es así toda vez que se entiende que son elementos subjetivos de tendencia interna intensificada y no de tendencia interna trascendente, ya que la finalidad de causar temor debe impregnar la conducta misma⁴²², en otras palabras, el autor al efectuar la acción debe conferirle un sentido subjetivo específico⁴²³.

El sentido que se le ha dado a la finalidad exigida implica aceptar que –como es natural- se encuentra afectada por serias dificultades de prueba. Para salvar la “imposibilidad” de acceder al fuero interno del autor la ley entrega indicios objetivos cuya concurrencia puede demostrar el propósito ilícito exigido: “la naturaleza y efecto de los medios empleados” o “la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar en contra de una categoría o grupo determinado de personas”.

⁴²² Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia al estimar que “la alarma es el resultado posible del carácter programado, sistemático y organizado que tiene la acción terrorista, que es además, una violencia instrumental, orientada a la consecución de determinados fines, y por tanto, la alarma específica del terrorismo debe vincularse más a esas características que al hecho mismo de la violencia”. SCA de Santiago, de 13-11- 1992, considerando séptimo (caso Edwards), en GJ N°149, 1992.

⁴²³ Informe final, proyecto de investigación “Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche”, op. cit., p. 142. Una interesante y profusa explicación se encuentra en VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit., pp. 663-670.

3.1.1 *La evidencia de obedecer a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.*

Desde la perspectiva de esta disposición, lo que se debe configurar es la certeza que el acto obedece a un plan premeditado de atentar contra un grupo o categoría de personas.⁴²⁴ De tal forma, nuestra legislación acoge la idea del “terrorismo selectivo”⁴²⁵, la que, en realidad, es precisamente la forma en que nuestra jurisprudencia ha entendido la conducta en varios de los procesos judiciales contra comuneros mapuche.

En el proceso conocido como “incendio del predio Poluco– Pidenco”, propiedad de la empresa Forestal Mininco S.A., se condenó a José Huenchunao, como autor del delito de incendio terrorista, sin perjuicio de otros partícipes, en la medida en que “las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, **situación que es pública y notoria** y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un **grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población** ... el ilícito ... **está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche**, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en la Provincia de Malleco, puesto que la mayor cantidad de sucesos y también los más violentos, han ocurrido precisamente en comunas de esta jurisdicción. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desmedidas, hechas bajo presión por grupos violentistas a los dueños y propietarios, a quienes se les amenaza y presiona para que accedan a los requerimientos que se les formulan; muchas de estas condiciones se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daño y usurpación, que han afectado tanto a las personas y bienes de diversos propietarios agrícolas y forestales de ésta zona del país”(énfasis agregado)⁴²⁶.

⁴²⁴ La evidencia, tal como la ha considerado la jurisprudencia es la “certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella. En Informe Fiscal N° 498 de 9-2-1993, (fs. 532) apelación a S. de 1ª instancia de 30-11-1992 posteriormente confirmada por SCA de San Miguel de 17-5-1993, causa Rol N° 103-93, C/ Roberto Irrázabal y otros.

⁴²⁵ Aquella manifestación del terrorista caracterizada por la selección de determinados sujetos como objeto de la acción a través de la cual se pretende la creación de un estado de temor generalizado (BASCUÑAN, Antonio. Informe en Derecho. El delito de incendio terrorista. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Depto. de Ciencias Penales, sin publicar, p. 22). Para más información sobre la distinción entre “terrorismo selectivo” y “terrorismo indiscriminado” véase; FATTAH, Ezzat A. “Terrorist activities and terrorist targets: A tentative typology” (Eds.) Yohan Alexander y Jhon M. Gleason. Behavioral and Quantitative Perspectives on Terrorisms. Nueva York y Oxford: Pergamon Pres, 1981.

⁴²⁶ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 22 de agosto de 2004, contra José Huenchunao y otros.

Así las cosas, llama especialmente la atención cómo el sentenciador asume que el conflicto es entre la etnia mapuche y “el resto de la población”, de donde puede inferirse el intento de generar un frente de solidaridad común con el sector agrícola y ganadero⁴²⁷.

En otro proceso por incendio de un predio y en que el imputado como autor era Juan Carlos Huenchunao, se estableció que **“todo éste actuar ilícito se encuadra dentro de un contexto**, que forma parte de una serie de acciones ilícitas que han tenido como objetivo atacar a un sector determinado de la población, con el fin de causarles temor de ser víctimas de atentados similares, atendida la naturaleza y efectos de los medios empleados, tanto como por la evidencia de que los hechos obedecen a un plan premeditado, siendo éste sector de la población el formado por todos los propietarios; sean empresas forestales, agricultores y pequeños parceleros vecinos o colindantes a comunidades mapuches; **donde existen grupos que buscan la reivindicación de dichas tierras en forma violenta, o propietarios cuyos predios son declarados en conflicto unilateralmente por estos mismos grupos violentos**” (énfasis agregado)⁴²⁸.

Argumentando sobre la calificación terrorista del incendio, se señala que “el hecho descrito precedentemente, tanto por la naturaleza y efectos de los medios empleados, **se desarrolla dentro de un contexto** destinado a producir un justo temor en un grupo determinado de la población de ser víctima de atentados similares, adquiriendo en consecuencia el delito de la especie el carácter de terrorista” (énfasis agregado)⁴²⁹.

En ambos casos y en la mayoría de las argumentaciones, se puede observar la ausencia de una imputación al autor de las circunstancias sobre las cuales se constata la existencia del plan de atacar contra un grupo o categoría de personas o de la finalidad de causar temor, imputando la responsabilidad penal en referencia al “espacio-temporal” o “contexto” en el que se desarrolla el comportamiento. De esta forma, como es indiscutible, se infringe el principio de culpabilidad y, desde otra perspectiva, la **exigencia de culpabilidad por el hecho**⁴³⁰.

3.1.2 La presunción por la naturaleza y efectos de los medios empleados.

La alteración de las garantías que rigen la responsabilidad penal, continúa produciéndose al establecerse una “presunción” de la finalidad terrorista mediante la referencia a la “naturaleza y efectos de los medios empleados” y la referencia

⁴²⁷ VILLEGAS DIAZ, Myrna. “El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”, en Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal. Op. cit.

⁴²⁸ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Angol, 3 de mayo 2005, contra José Huenchunao y otros.

⁴²⁹ Ídem.

⁴³⁰ BASCUÑAN, Antonio. op. cit., p. 37.

posterior a medios cualificados especiales. En otros términos, se establece una presunción simplemente legal por medio de la que se puede acreditar la existencia de la finalidad terrorista si es que en la acción se han usado medios o artificios explosivos, incendiarios de gran poder destructivo, medios tóxicos, infecciosos u otros que puedan ocasionar grandes estragos.

En este sentido, la jurisprudencia –precisando ésta presunción- ha señalado que para su configuración es necesario estar en presencia de “armas de gran poder destructivo, sin que puedan denominarse como tales, algunas de fabricación casera, escopetas recortadas, revólveres, pistolas u otras armas cortas”⁴³¹. Así, los medios comisivos tienen una tendencia potencialmente restrictiva o, lo que es lo mismo, existe una “exigencia de una cualificación de los medios comisivos como presupuesto de la presunción”⁴³².

Al mismo tiempo, de acuerdo al tenor literal del precepto, es indispensable la efectiva utilización de los artefactos o artificios explosivos o incendiarios, es decir, “que el inculpado no sólo los porte o lleve, sino que haga utilización de ellos, cometiendo el delito precisamente mediante la manipulación del artefacto”⁴³³.

En relación al uso del sistema de las presunciones judiciales cuando se está frente a dificultades probatorias, es imprescindible señalar que el derecho penal moderno, asegurando y protegiendo el principio de tipicidad y de legalidad o reserva, tiende a rechazarlo. En efecto, la construcción de estas presunciones se fundamenta en criterios de punibilidad y no en el detalle pormenorizado de la conducta punible, tal como lo exigen los principios de tipicidad y legalidad. De esta forma, la garantía que importa la descripción pormenorizada de la conducta prohibida desaparece, dejando en desprotección e inseguridad al ciudadano. En palabras de MEDINA y MERA, en estos casos, “**la ley escamotea la descripción de la conducta, presumiendo que ésta se ha realizado cuando concurren las circunstancias por ella señaladas**” (énfasis agregado)⁴³⁴.

Particularmente ilustrativa es la referencia a “otros (medios) que pudieren ocasionar grandes estragos” en la medida que ostenta una generalidad tal que constituye una **violación al mandato de determinación** que se deriva del principio de legalidad y, en consecuencia, es plausible plantearse la inconstitucionalidad de la disposición. En cualquier caso, estos otros medios

⁴³¹ Sentencia de 1ª instancia, 15-9-1992, causa rol N° 49.595-91, caratulada “contra Paula Carrasco y otros”, considerandos 10, 11 y 12, confirmada por S.C.A., 27-10-1992.

⁴³² BASCUÑAN, Antonio. op. cit., p. 25.

⁴³³ En efecto, aún cuando se estableciera que los inculpados hubieren “portado en bolsillos, cinturón o bolsos artificios de esa naturaleza, dicha circunstancia no es suficientemente capaz para hacer operable la presunción establecida en el inciso 2º del artículo 1º de la actual ley 18.314”. Ídem.

⁴³⁴ MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge. Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos. En Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, Santiago, 1996, p. 389.

deben entenderse bajo la exigencia de cualificación que se ha indicado⁴³⁵.

Por otro lado y más grave aún, el sistema de presunciones judiciales altera gravemente la presunción de inocencia, principio y garantía consagrado tanto en la legislación internacional⁴³⁶ aplicable en Chile como en la propia CPR⁴³⁷. Efectivamente, lo que hace el N° 1 del artículo 1° es **invertir el *onus probandi***, de tal modo, que ya no es el Estado quien debe probar la culpabilidad, sino que ésta se presume (concurriendo los requisitos) y es el sujeto quien está llamado a demostrar o acreditar lo contrario⁴³⁸.

Finalmente, esta presunción genera serios problemas de doble incriminación. Si los tipos penales de terrorismo se construyen por la concurrencia de la circunstancia 1ª del artículo 1 y ésta se presume al emplearse para la ejecución del delito determinados medios de comisión, se puede observar que ella no resulta aplicable para la figura establecida en el N° 4 del artículo 2, pues éste contempla a su vez, el uso de artificios explosivos. Efectivamente, dentro de la multiplicidad e indeterminación de los medios de comisión, el empleo de “artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran ocasionar grandes estragos”, hace presumir la existencia del propósito de causar temor a toda la población o a un sector de ella. Por su parte, el N° 4 del artículo 2 tipifica como delito de terrorismo –y, en consecuencia, que requiere la presencia de cualquiera de las finalidades alternativas del artículo 1- el “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de las personas, o causar daño”.

De esta forma, en el N° 4 del artículo 2 el artificio explosivo no es un potencial “medio de comisión” sino que se encuentra incorporado en la descripción típica de la conducta prohibida. Así, otorgarle al artificio explosivo el carácter de medio de comisión del tipo penal descrito en el N° 4 del artículo 2, implicaría que la conducta típica podría prescindir del mismo y verificarse por otros medios⁴³⁹. En definitiva, si se considerara como un medio de comisión y, a la vez, se suprimiera la referencia al artificio explosivo o incendiario, el tipo penal carecería de sentido y licitud⁴⁴⁰.

Interesante es, a esto efectos, la posición que sostiene la Defensoría Mapuche, quienes estiman que el incendio en razón, por ejemplo, de cómo se ha originado,

⁴³⁵ BASCUÑAN, Antonio. op. cit., p. 24.

⁴³⁶ A modo ejemplar, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

⁴³⁷ El N° 3 del artículo 19, en su inciso 6, señala que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

⁴³⁸ MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge. op. cit., p. 389.

⁴³⁹ Es importante recordar que los medios de comisión en tanto “instrumentos del delito” carecen de taxatividad, certeza o determinación. En efecto, su naturaleza dependerá del tipo de delito que se enfrente.

⁴⁴⁰ VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit.

no es un medio catastrófico de aquellos que pueden dar lugar a la presunción. Uno de los defensores, relatando un caso producido en Angol, señala: “La forestal iba a dar trabajo, entonces llegaron las familias ahí, los estuvieron esperando, quedaron de llegar a las 12 ... no llegaron, cundió la desesperación ... la frustración, y de ahí se fue levantando el tono, y de ahí salió el quiebre, prendámosle fuego a esto, y por ahí partió, pero no que hayan dicho, vamos a prender fuego para arrasar todo esto. Es distinto ... si a través del fuego, yo dijera, mira vamos a prender aquí y aquí, para quemar todo esto, y todos estos que estaban a los lados se van a arrancar nunca ese fue el fin, no partió así”⁴⁴¹.

En efecto, lo que se requiere es constatar la existencia de la finalidad terrorista en la conducta típica, ya sea mediante su prueba directa o el uso de las presunciones que establece la ley. En éste último caso, es necesario e imprescindible que los medios tengan una cualidad especial, esto es que puedan dar cuenta de la efectiva concurrencia de la finalidad en la conducta del autor. Si no fuera así, por ejemplo, en el caso del incendio resultaría que todo medio apto para su realización (v.gr. bencina, fósforos) daría cuenta de la finalidad terrorista, y la aplicación de la presunción –que determina la imputación a título de delito terrorista- se volvería tautológica.

3.2 Las circunstancias expresadas en el N° 2 del artículo 1 de la LCT y la vulneración del principio de legalidad.

La segunda circunstancia o propósito que determina, alternativamente, la cualificación de un delito terrorista está dada por el número 2 del artículo 1 de la LCT que indica:

“Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”

Se trata, pues, de un elemento subjetivo del tipo que, en principio, presenta similares problemas probatorios. Aún cuando la ley no ofrece, como en el caso anterior, una presunción para salvar estos problemas se estima, junto a la doctrina, que el propósito se revelará claramente toda vez que “para que el acto sea eficaz desde el punto de vista del delincuente es indispensable que la autoridad de una u otra manera conozca su propósito”.

Como se puede observar, y teniendo en cuenta que su concurrencia es alternativa a la expresada en el N° 1 del mismo artículo, ésta circunstancia no da cuenta de una de las dimensiones fundantes del fenómeno terrorista y que, de hecho, cuenta con reconocimiento en el artículo 9 de la CPR, a saber: el uso indiscriminado de la violencia y su carácter profundamente atentatorio contra los derechos humanos⁴⁴².

⁴⁴¹ Entrevista a defensor mapuche. Temuco, noviembre 2007.

⁴⁴² Lo lamentable es que la propuesta del Foro penal en el Anteproyecto del Código Penal, prácticamente reproduce la actual ley de conductas terroristas, sin considerar en profundidad sus falencias. Con ello creemos se está normalizando – y perpetuando- una legislación de excepción, a

Ésta situación permite que meros ataques a la propiedad, por nombrar sólo al más polémico, sean incriminados como delitos de terrorismo.

Por otra parte, resulta inadmisibles entender que puede configurarse un delito de terrorismo en ausencia del empleo del temor como medio en la conducta. En otras palabras, es innegable que la sola causación del terror no es una condición suficiente para determinar las acciones terroristas aunque si condición necesaria. Dicho de otro modo, no contemplar la generación del temor en la población o en parte de ella es negar gran parte de la esencialidad del fenómeno terrorista.

Sin embargo, no exigir la causación del temor ni la dimensión atentatoria contra los derechos humanos realizada de forma masiva y sistemática tiene una consecuencia aún más grave: posibilita una interpretación extensiva de la ley penal que infringe el principio de legalidad y taxatividad al ampliar la punibilidad a conductas de violencia social organizada o de violencia social espontánea que no pueden ser consideradas como propiamente terroristas. En efecto, considérese el N° 4 del artículo 2 en relación al N° 2 del artículo 1 y se tendrá como resultado que un estudiante que está lanzado una bomba molotov en el marco de las movilizaciones por la LOCE, imponiendo exigencias al Ministerio de Educación y al Gobierno, debe ser considerado como terrorista y juzgado como tal. Asimismo, considérese el N° 2 del artículo 2 en relación al N° 2 del artículo 1 y resultará que un huelguista que se apodera de un bus u otro medio de transporte público, imponiéndole exigencias al Gobierno o intentando arrancar resoluciones, también debe ser considerado como terrorista y juzgado como tal.

Esto es lo que ha ocurrido en el proceso seguido en contra de Víctor Ancalaf por el incendio de un camión perteneciente a la empresa Ralco y por el cual se castigó a Ancalaf a la pena de 5 años de presidio como autor de delito de lanzamiento de artefactos incendiarios, en conformidad al N° 4 del artículo 2 en relación al N° 2 del artículo 1, ambos de la LCT.

En concreto señaló la sentencia: “Los elementos de juicio referidos en el fundamento séptimo de la sentencia de alzada, letras g), h), i) y j), constituyen un conjunto de presunciones judiciales que, apreciados en conciencia, son suficientes para dar por establecido que a Víctor Ancalaf le ha correspondido una participación de autor de los hechos acontecidos el 17 de marzo de 2002, que tipifica el delito terrorista contemplado en el art. 2 N°4 de la ley 18.314, en relación con el art. 1 del mismo texto legal, por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa”. Y más adelante: “Que los incendios de los camiones y retroexcavadora se encuentran circunscritos dentro del conflicto Pehuenche ... En este contexto han acontecidos los hechos, como una manera de exigir a las autoridades resoluciones o imponer exigencias para revertir la situación existente

través de su incorporación en el ordenamiento penal común. Al respecto, véase VILLEGAS DÍAZ, Myrna. . *Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal*, en Revista Política Criminal N°2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, www.politicacriminal.cl. disponible también en Rev. Pensamiento Penal, N° 42 de 22 diciembre 2006, Buenos Aires, www.pensamientopenal.com.ar.

en la construcción de la Central”⁴⁴³.

Adicionalmente, este elemento ocasiona problemas de concurso de leyes con la LSE, tratándose del delito de secuestro, toda vez que una de las hipótesis delictivas del secuestro terrorista es ejecutar el delito de secuestro con la finalidad de “arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad” (Nº 1 del artículo 2 en relación al Nº 2 de artículo 1), hipótesis que a la vez se encuentra tipificada en la letra b) del artículo 5 de la LSE.

De este modo, se confirma otra vez que el concepto de terrorismo consagrado en la LCT es inadecuado pues obvia las características del terrorismo en su dimensión histórica y social, lo que se fortalece al constatar la carencia de una referencia expresa de la finalidad política en los tipos penales, que es, en definitiva, la que permite distinguir –y por tanto determinar su afectación- el bien jurídico protegido. Tanto es así, que podría sostenerse que, en estas condiciones, una buena parte de los tipos penales de terrorismo son innecesarios toda vez que mediante la legislación penal común pueden ser perfectamente castigadas, sin perjuicio de determinados tipos particularmente específicos de este ámbito de criminalidad.

Resulta demostrativo de las deficiencias que se han anotado y de la amplitud de la construcción típica, que los operadores del sistema judicial -quienes son llamados a calificar jurídicamente las conductas- estén contestes en que los mapuche “no son terroristas”. Serían procesados de igual forma por la LCT en la medida en que, según un juez Oral en Lo Penal, sus conductas “encuadran dentro de los tipos penales de terrorismo”⁴⁴⁴.

En este mismo sentido, preguntando a uno de los Fiscales que tuvo a su cargo el proceso por el incendio al fundo Poluco-Pidenco: “¿cree usted que algunos mapuche que han cometido delitos -por ejemplo incendios, atentados a carabineros, amenazas a particulares- en el contexto del conflicto por recuperación de tierras son terroristas”?, su respuesta es un categórico no, añadiendo que “algunos mapuche han cometido actos terroristas, pero no son terroristas” y que la LCT se ha aplicado en escasos casos, “sólo cuando concurren los elementos del tipo, por ejemplo el caso Poluco Pidenco”⁴⁴⁵.

Recabando la opinión de otro importante actor institucional que tiene a su cargo el control de las conductas ilícitas producidas en el marco del conflicto, el Prefecto General de Carabineros de la IX Zona de la Araucanía en entrevista realizada en junio de 2008, señaló que si bien los mapuche no son terroristas, determinadas acciones de los mismos caen dentro de tal calificación⁴⁴⁶, y que no ha habido

⁴⁴³ SCA de Concepción, 4 de junio de 2004, considerandos 17 y 19, rol de primera instancia Nº 191-2002.

⁴⁴⁴ Entrevista a juez Oral en Lo Penal, Temuco, 15 noviembre 2007.

⁴⁴⁵ Entrevista a Fiscal encargado de proceso Poluco-Pidenco, 24 de junio 2008.

⁴⁴⁶ Entrevista a Prefecto General IX Zona de la Araucanía. Temuco, 24 junio 2008.

problemas con las comunidades de Victoria, señalando como caso aislado la comunidad Domingo Trangol en el año 2001. Sorprende la respuesta que se obtiene al preguntársele cuáles son a su juicio las causas del denominado conflicto puesto que, con asombro, señala: “¿De que conflicto me habla?”, poniendo así en duda la existencia de un conflicto en la zona y afirmando que se trata de incidentes aislados de unos pocos individuos⁴⁴⁷. En relación al conflicto en la comunidad de Temucuicui indica que ella está sindicada como conflictiva y que se apropian de lo ajeno, pero que es un caso aislado y que en esta comunidad existe gente ajena al conflicto que lo promueve.

Otra es la impresión que tienen algunos carabineros que han sido parte directa en procedimientos y enfrentamientos policiales con comuneros. En efecto, al ser preguntados por las causas del conflicto, responden con naturalidad que obedece principalmente a un problema por la recuperación de tierras, en segundo lugar a un problema de pobreza en las comunidades, en tercer lugar, al aprovechamiento de la causa mapuche por agentes externos, y en último lugar a reivindicaciones históricas.

Cuando se les pregunta si consideran que los mapuche son terroristas, expresan que no creen que sean terroristas, pero que “existen terroristas involucrados en estos hechos” los que identifican con “terroristas extranjeros, o agitadores de movimientos o partidos políticos que ya están muertos y que usan la causa mapuche como bandera de lucha, una excusa para rearticularse”⁴⁴⁸. Ésta opinión ha sido refrendada por las declaraciones del senador Alberto Espina en orden a vincular a la CAM con las FARC, el que, en entrevista televisiva expresó: "Tengo la convicción, porque así me lo han señalado los fiscales, y porque lo ha dicho el propio ministro del Interior (Edmundo Pérez Yoma), que hay grupos de extrema izquierda, o integrantes de grupos de extrema izquierda, el MIR, Lautaro, el Frente Manuel Rodríguez, que se han organizado y que están actuando (en La Araucanía). Son muy pequeños pero extraordinariamente violentos y que, sin duda han cometido atentados que constituyen actos terroristas”⁴⁴⁹. Y añadió: "Nosotros le entregamos al Ministerio Público tiempo atrás antecedentes, que los están investigando, de que las FARC tienen un brazo político en Chile, que vincula al Partido Comunista, al MIR y al Frente Manuel Rodríguez..." En este mismo

⁴⁴⁷ En concreto el Prefecto General de la IX región señaló que se trata de “cosas puntuales, los que somos de Santiago y ustedes están viviendo en Santiago obviamente, se percibe, uno tiene una percepción absolutamente distinta, lo que pasa es que han habido cosas puntuales, y eso es la realidad, son temas puntuales, que hay que vivirlas, hay que estar acá para darse cuenta de que ¡ah, son los mismos de siempre! Son este señor, este señor, este señor, este señor, se lo digo, son 10 personas digamos, que en toda la región hacen ruido y esa es la realidad. Entonces yo decía, yo también venía, poco menos que ¿qué pasará? y no, son 10 personas que, que hacen ruido permanentemente digamos, que de repente se acoplan otras personas, digamos, que los arrastran, digamos, y lamentablemente, de repente ocurren situaciones digamos, de alteración del orden público, como ocurre en Santiago, como ocurre en Valparaíso, como ocurre en Concepción, como ocurre en Puerto Montt, como ocurre en cualquier parte, pero por qué, porque hay un tema de sensibilidad.”

⁴⁴⁸ Entrevistas a algunos Carabineros de la zona, junio 2008.

⁴⁴⁹ Entrevista concedida a Televisión Nacional, 31 de agosto 2008.

sentido, el fiscal regional de la IX región, quien al ser preguntado por si hay nexos entre mapuches y grupos subversivos de otros países, señala que “En algunos allanamientos a casas de comuneros mapuche se han encontrado agendas telefónicas con nombres de personas que pertenecen a grupos subversivos, tanto chilenos como de otros países vecinos. Está acreditado por informes de INTERPOL y de los sistemas migratorios de países latinoamericanos que personas vinculadas al conflicto mapuche han salido al extranjero para adquirir experiencia”⁴⁵⁰.

De esta forma se puede observar cómo la idea de enemigo externo, propia de la Doctrina de la Seguridad Nacional, sigue estando presente en el discurso y práctica de los uniformados que participan y dirigen los procedimientos policiales en la zona de la Araucanía. En su momento el enemigo a combatir fue el comunismo internacional o el propio marxismo, hoy en día son las “insurgentes y terroristas asociaciones mapuche”. Y no sólo eso, subsiste también en la bancada parlamentaria de la derecha política, quienes insisten en las supuestas vinculaciones entre mapuches, partidos políticos extraparlamentarios y grupos de extrema izquierda armada, tanto nacionales como extranjeros.

Por otra parte, al ser preguntado el Fiscal respecto a qué entiende por terrorismo, explica con un ejemplo, el caso Poluco Pidenco, en el que “Se organizó, se distribuyeron tareas, se evitó el accionar de personas que intentaban apagar el fuego y se obstaculizó la llegada al sitio del suceso. De esto podemos concluir que el terrorismo consiste en que un grupo de personas actúe para infundir pavor con un cierto nivel de estrategia y un determinado nivel de organización”⁴⁵¹. Ahora bien, coincidiendo con lo que se ha expresado, estima que el concepto de terrorismo contenido en la LCT no es adecuado a la naturaleza del fenómeno ni a la normativa internacional, pues “aquí no hay hechos de sangre ... aquí se protegen bienes, no sólo la vida, la salud, integridad, libertad”⁴⁵².

Finalmente y completando el círculo de los principales actores institucionales involucrados, los defensores penales públicos entrevistados coinciden, al igual que los anteriores, en que los mapuche no son terroristas, advirtiendo uno de ellos que tampoco lo cree el gobierno, pero que le es conveniente aplicar la LCT por la reducción de garantías que contempla⁴⁵³. Respecto del concepto de terrorismo, estiman que éste se puede identificar con los “crímenes de guerra cometidos en tiempo de paz”, o bien con “actos de violencia con fines políticos con métodos de destrucción masiva”⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Diario La Segunda, sección crónicas, miércoles 27 de mayo de 2009, p. 6 y 7. “Fiscal que combate la violencia en la Araucanía: ‘la CAM no se ha desarticulado nunca’”.

⁴⁵¹ Entrevista a uno de los Fiscales que estuvo a cargo de la investigación en el caso “Poluco Pidenco”, Temuco, 24 junio 2008.

⁴⁵² Ídem.

⁴⁵³ Entrevista realizada a dos defensores penales públicos que tuvieron a cargo la defensa de mapuches procesados bajo la LCT y con uno de los actuales miembros de la Defensoría Mapuche, noviembre de 2007.

⁴⁵⁴ Entrevista realizada a defensor en ejercicio en causas mapuche, noviembre de 2007.

En definitiva, la gran mayoría de los operadores del sistema judicial están contestes en que **el concepto de terrorismo que consagra nuestra legislación es inadecuado a la naturaleza del fenómeno y a la normativa internacional**, recalcando que la amplitud del concepto da lugar a muchas interpretaciones y que la exigencia de la alarma pública y la presunción de la finalidad terrorista son errores inexcusables.

4. Punitivismo en la Ley de Conductas Terroristas.

Como ya se ha señalado a lo largo del informe, la LCT se construye en base a delitos comunes en los que concurre una finalidad especial que, en definitiva, los califica como terroristas y, por tanto, agrava o aumenta sus penas.

De esta forma, delitos comunes como lesiones, homicidios, secuestros, envío de efectos explosivos, incendios y estragos, delitos contra la salud pública y descarrilamientos, se sancionan con las penas que les corresponden según el Código Penal, aumentadas en 1, 2 o 3 grados (artículo 2 N° 1 en relación al inciso primero del artículo 3, ambos de la LCT).

El atentado contra la vida o integridad del Jefe de Estado u otras autoridades, se castiga con las penas que corresponden según la LSE, aumentadas en 1, 2 o 3 grados (artículo 2 N° 3 en relación al inciso primero del artículo 3, ambos de la LCT).

Por su lado, los delitos de apoderamiento o atentado en contra de naves o aeronaves y otros medios de transporte público en servicio, con presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si como consecuencia resultase la muerte o lesiones graves de personas, el delito se califica como de estragos y se pena conforme a los artículos 474 y 475 del Código Penal, aumentándose la pena en 1, 2 o 3 grados (artículo 2 N° 2 en relación al inciso segundo del artículo 3°, ambos de la LCT).

El delito de colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos, se pena con presidio mayor en cualquiera de sus grados (artículo 2 N° 4 en relación al inciso tercero del artículo 3, ambos de la LCT).

Finalmente, el delito de asociación ilícita se castiga conforme a las penas que corresponden según el Código Penal, aumentadas en dos grados para los directores de la asociación y en un grado para los simples integrantes (artículo 2 N° 5 en relación al inciso final del artículo 3, ambos de la LCT).

En la medida en que el delito de incendio ha sido uno de los más invocados a efectos de procesar a comuneros mapuche ya sea como incendio terrorista o

como incendio común, obsérvese la siguiente tabla comparativa⁴⁵⁵:

EL DELITO DE INCENDIO		
TIPO	PENA CP	PENA LCT
En lugar habitado causando muerte o lesiones graves.	Presidio mayor en su grado máx. (15 y 1 a 20 años) a presidio perpetuo.	Presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.
En lugar habitado con peligro para las personas.	Presidio mayor en su grado medio (10 y 1 a 15 años) a presidio perpetuo.	Presidio mayor en su grado máximo (15 y 1 a 20 años) a presidio perpetuo calificado.
En lugar no habitado (se encuentra aquí al “que incendiare bosques, mieses, monte, cierros o plantíos”	Presidio mayor en cualquiera de sus grados (5 y 1 a 20 años).	Presidio mayor en su grado medio (10 años y 1 día) a presidio perpetuo.
Figura residual según valor de lo incendiado.	Presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años).	Presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) a presidio mayor en su grado mínimo (5 y 1 a 10 años).
Incendio a chozas, pajares, cobertizos cuyo valor no exceda de 4 SV	Responde por el delito de daños (art. 484 y ss.). Reclusión menor en su grados medio (541 días a 3 años) a máximo (3 y 1 a 5 años) y multa.	Reclusión menor en su grado máximo (3 y 1 a 5 años) a reclusión mayor en su grado medio (10 y 1 a 15 años).

Una situación similar se produce al observar el aumento en la penalidad del delito de asociación ilícita, el que es tipificado en la LCT como un delito autónomo⁴⁵⁶, penado de forma independiente de aquellos delitos que cometa la asociación⁴⁵⁷. Este delito ha sido invocado en gran parte de los procesos más conocidos y emblemáticos en el proceso de recuperación.

⁴⁵⁵ Informe final, proyecto de investigación “Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche”, op. cit., p. 155.

⁴⁵⁶ Véase Infra 5.3 De la asociación ilícita terrorista. En particular, obsérvese la crítica en torno a su exclusión como parte del tipo penal de terrorismo.

⁴⁵⁷ El inciso final del artículo 3 de la LCT hace aplicable el artículo 294 bis del Código Penal, el que prescribe que: “Las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades”.

EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA		
TIPO	PENA CP	PENA LCT
Con el objeto de perpetrar crímenes y en el caso de jefes de la asociación o análogos. (293)	Presidio mayor en cualquiera de sus grados (5 y 1 a 20 años).	Presidio mayor en su grado máximo (de 15 y 1 a 20 años).
Con el objeto de perpetrar crímenes y en el caso de los participantes de la asociación. (294)	Presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años).	Presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años).
Con el objeto de perpetrar simples delitos y en el caso de jefes de la asociación o análogos. (293)	Presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años).	Presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años).
Con el objeto de perpetrar simples delitos y en el caso de los participantes de la asociación. (294)	Presidio menor en su grado mínimo (61 días a 540 días).	Presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años).

Adicionalmente a la agravación de las penas que la técnica de la LCT supone, se encuentra expresamente consagrada en la CPR la pena accesoria consistente en la inhabilitación para ejercer cargos públicos y otros similares por el plazo de 15 años, sanción que, además, impone expresamente la LCT en su artículo 5 al prescribir que regirá la inhabilitación, la que, en todo caso, será “sin perjuicio de las penas accesorias que correspondan de acuerdo a las reglas generales”.

Asimismo, la CPR contempla también la pérdida de la calidad de ciudadano al ser condenado por delitos terroristas (artículo 17 N° 3 de la CPR) y la suspensión del derecho a sufragio por el hecho de ser procesado bajo la LCT (artículo 16 N° 2 de la CPR).

Por otro lado, la misma LCT otorga criterios propios a efectos de determinar la pena. En efecto, el artículo 3 bis indica que (i) “el tribunal determinará primeramente la pena que hubiere correspondido a los responsables, con las circunstancias del caso, como si no se hubiera tratado de delitos terroristas, y luego la elevará el número de grados que corresponda”; (ii) “además de las reglas generales del Código Penal, el tribunal tomará especialmente en consideración, para la determinación final de la pena, la forma innecesariamente cruel de su ejecución y la mayor o menor probabilidad de la comisión de nuevos delitos semejantes por parte del procesado, atendidos los antecedentes y la personalidad de éste y los datos que arroje el proceso sobre las circunstancias y móviles del delito.”

Como se puede observar, la LCT entrega un amplio margen al juez para determinar la pena en cada caso particular, situación que en la discusión

parlamentaria de la ley causó molestia en los sectores de la derecha por cuanto exponía al juez a presiones en torna a establecer la pena más baja, situación que haría que la penalidad de los delitos de terrorismo fuera la más baja, favoreciendo injustificadamente al reo⁴⁵⁸.

Frente a esto hay que señalar que frente a delitos de terrorismo que tienen asociadas altas penas es necesario que el juez tenga un amplio margen para su determinación puesto que de otra forma en el evento que se produjeran penas excesivas, sólo podría evitarlas prescindiendo de la calificación de terroristas, buscando figuras similares en la legislación penal común⁴⁵⁹. Por otro lado, no hay razón lógica ni práctica para comprender las razones del porqué el juez se sentiría “presionado” a aplicar las penas más bajas cuando se está frente a los delitos de mayor reproche jurídico y social⁴⁶⁰.

Finalmente y estrictamente en relación a los criterios para determinar la pena, la referencia a “criterios de peligrosidad social”, ceñidos a “la probabilidad de que se cometan nuevos delitos” y, en especial, “a la personalidad del delincuente”, representan un grave retroceso en materia de garantías procesales y evidencia el desconocimiento o simple infracción de uno de los pilares fundamentales de un derecho penal liberal o de garantías: el derecho penal de hecho (en contraposición al derecho penal del autor).

5. El adelantamiento de la punibilidad.

El adelantamiento del castigo tan característico y propio del DPE puede constatarse fundamentalmente en la construcción y sanción tanto de “delitos de peligro” como de actos preparatorios, en el *iter criminis* y en la especial forma de punición del tipo asociación ilícita terrorista.

5.1 Delitos de peligro.

El N° 4 del artículo 2 de la LCT tipifica como delito de terrorismo, concurriendo alguna de las finalidades alternativas antes indicadas, el “colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.”

Parece totalmente razonable que, en el contexto de una legislación antiterrorista, esta conducta se encuentre sancionada cuando ella afecte a las personas, caso

⁴⁵⁸ Opinión del Senador J. Guzmán (UDI). Historia de la Ley 19.027 (D. Oficial 24 de Enero de 1991) que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997, p. 115.

⁴⁵⁹ En este sentido, la intervención del diputado Sr. Rojo, *Ibíd.*, p. 48.

⁴⁶⁰ Similar opinión sostuvo el diputado Sr. Vodanovic. *Ídem.*

en el que se producirá el respectivo concurso de delitos⁴⁶¹. Es más, parece lógico que se castigue cuando represente sólo un peligro para la integridad física, aún cuando pueda ser subsumida bajo el N° 1 del artículo 2 como delito de lesiones terroristas, ya sea tentadas o frustradas.

Ahora bien, lo que es inaceptable, desde el concepto internacional de terrorismo, es que mediante la artificiosa construcción de un delito de peligro se castigue ésta conducta cuando simplemente pueda “causar daño”. Como se comprenderá, importa un adelantamiento excesivo de la protección penal para el bien jurídico propiedad obviando que ésta en la legislación internacional es protegida respecto de su función social; y, a su vez, contribuye a la amplitud e indeterminación de las conductas castigadas a título terrorista.

Por otro lado, el N° 1 del artículo 2 castiga, cuando es cometido con cualquiera de las finalidades terroristas indicadas, los delitos de incendio y estragos que se encuentran consagrados en los artículos 474, 475, 476 y 480 del Código Penal.

Al igual que en el caso anterior, parece de toda lógica que se sancione aquellas hipótesis de incendio y estragos que resulten en lesiones materiales o en la muerte de personas, caso en el que se producirá el respectivo concurso de delitos. Asimismo, parece razonable que se castiguen cuando sólo representen un peligro para la vida o la integridad física, incluso al considerar que las conductas podrían ser encuadradas dentro del homicidio o de las lesiones, ya sea tentada o frustrada.

Lo que no es razonable es que se castigue como delito de terrorismo a “El que incendiare bosques, mieses, pastos, cierros y plantíos” (N° 3 del artículo 476 del Código Penal en relación al N° 1 del artículo 2). Y es que nuevamente la LCT adelanta excesivamente la barrera de protección penal a la propiedad y contribuye a la amplitud del concepto.

Finalmente, iguales consideraciones se pueden plantear en torno al delito de descarrilamiento (N° 1 del artículo 2 en relación, especialmente, a los artículos 323 y 324 del Código Penal) toda vez que, al igual que en los casos anteriores, no se exige una afectación a la vida o la integridad física.

5.2 Incriminación de actos preparatorios.

El adelantamiento de la punibilidad, como se ha visto, es una manifestación muy característica de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo. Una de sus técnicas más usuales es la punición de actos preparatorios ya sea mediante la construcción de tipos penales especiales o bien, directamente, con la sanción de actos preparatorios propiamente tales, como la conspiración para delinquir.

⁴⁶¹ A nuestro juicio sería un concurso medial, en el que la colocación o lanzamiento del artefacto explosivo es el medio para producir el resultado de lesiones.

El artículo 8 construye un tipo penal especial que sanciona el financiamiento al terrorismo:

“El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea de fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2º, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal”.

La punición del financiamiento al terrorismo es de reciente data. En efecto, surge para dar cumplimiento a las nuevas normativas internacionales⁴⁶² que se originaron en el creciente clima de temor e inseguridad provocado por los atentados del 11 de septiembre de 2001 y el de Atocha de 11 de marzo de 2002. Es así como, a través de la Ley N° 19.906 de 13 de noviembre de 2003, se modificó la LCT incorporando el artículo 8 *in comento*, que establece un tipo penal autónomo que sanciona el financiamiento del terrorismo.

La técnica legislativa utilizada en la construcción del tipo ha sido muy deficiente y genera, como se verá, un cúmulo de problemas. La doctrina comparada⁴⁶³ mayoritariamente estima que la colaboración que es susceptible de castigarse es aquella que se traduce en actos materiales con una finalidad próxima o inmediata, en otros términos, excluye a aquella que tiene una finalidad mediata, esto es, alterar el orden constitucional. Generalmente esta colaboración se concretará en una aportación material al financiamiento de una organización o estructura, una asociación ilícita terrorista. Se exige, además, que esta contribución material se encuentre desvinculada de la comisión de un delito de terrorismo determinado puesto que de ser así se soluciona mediante las reglas de autoría y participación de la LCT o de la figura de asociación ilícita terrorista. En definitiva, lo que se exige es poner a disposición del terrorista una cantidad de fondos.

⁴⁶² El Decreto N° 488 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 13 de noviembre de 2001, dispuso dar cumplimiento a la Resolución N° 1.373 de 28 de septiembre de 2001, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Ésta última solicita a los Estados adoptar medidas para prevenir y reprimir en sus territorios, por todos los medios legales, la financiación y preparación de actos de terrorismo. Por otro lado, a través del Decreto N° 519, de 6 de febrero de 2002, se promulgó el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobado el 15 de diciembre de 1991, en Nueva York. En respuesta a la resolución dictada por Naciones Unidas, mediante la Ley N° 19.906, de 13 de noviembre de 2003, se ha modificado la Ley N° 18.314, sobre conductas terroristas, incorporando al financiamiento del terrorismo como un tipo penal autónomo.

⁴⁶³ Véase Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte especial. Valencia. Tirant Lo Blanch, 1996, p. 783. Citado en VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, Revista Política Criminal N° 2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, www.politicacriminal.cl. Disponible también en Rev. Pensamiento Penal, N° 42 de 22 diciembre 2006, Buenos Aires, www.pensamientopenal.com.ar.

De este modo, la interpretación natural y obvia del verbo “solicitar” que emplea la ley, penaliza un acto preparatorio, castigando a quien “pretende, pide o busca algo” o “insta o urge”. Como se comprenderá, esta situación se aparta del espíritu de la disposición y de los lineamientos político criminales que la inspiran, penalizando un acto preparatorio que puede o no estar vinculado causalmente con el financiamiento efectivo de la organización terrorista.

Este adelantamiento de la punibilidad se ve reforzado por el vocablo “indirectamente”, el que además se aparta de la exigencia de dolo que requiere la conducta.

Respecto a la conducta “recaudar”, se puede afirmar que quien “cobra o percibe dinero”, “asegura, tiene o pone en custodia, guarda” o “alcanza, consigue con instancias o súplicas lo que desea”, tampoco satisface la exigencia de una aportación material y efectiva al financiamiento. Es más, extraña su inclusión, toda vez que el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.906, que en definitiva incorporó este artículo 8, señaló que al que sólo recauda, pero no provee fondos, no le cabe responsabilidad en ningún delito de terrorismo.

Con todo, es preciso destacar: en primer lugar, que la conducta de financiamiento puede ser reconducida a título de autoría o participación al delito concreto y, en especial, al de la asociación ilícita terrorista; y, en segundo lugar, que hasta ahora no se conocen de personas formalizadas por este delito.

Finalmente, el inciso final del artículo 7 de la LCT consagra el castigo a un acto propiamente preparatorio al prescribir “La conspiración respecto de los mismos delitos (terroristas) se castigará con la pena correspondiente al delito consumado, rebajada en uno o dos grados”.

5.3 La asociación ilícita terrorista.

El N° 5 del artículo 2 de la LCT tipifica como delito autónomo la asociación ilícita terrorista al castigar a:

“La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°”.

Por su parte, el Código Penal consagra y sanciona el delito de asociación ilícita, el que en su artículo 292 la define señalando:

“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que **existe por el solo hecho de organizarse**” (énfasis agregado).

De esta forma, la asociación ilícita está constituida por una unión de personas organizadas jerárquica y disciplinadamente, con un carácter más o menos estable en el tiempo y cuyo cometido es la comisión de delitos de terrorismo.

El fundamento de su punición se encuentra en la CPR puesto que delimitando el derecho de asociación (Nº 15 del artículo 19 de la CPR) prohíbe a aquellas que sean “contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado” (inciso 4º) y continúa garantizando el pluralismo político declarando “inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad” (inciso 6º).

Así las cosas, el concepto legal de asociación ilícita terrorista está construido en torno a su existencia en los términos del artículo 292 del Código Penal y que tenga por objeto la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en los números 1 a 4 del artículo 2 de la LCT. En consecuencia, debe compartir alguna de las finalidades consagradas en el artículo 1º. Como ha entendido la jurisprudencia, lo que se requiere es una “voluntad asociativa y una pluralidad de objetivos dolosos”⁴⁶⁴.

En primer lugar, la deficiente técnica legislativa tiene como consecuencia que existe una doble fuente de ilicitud. En efecto, el delito de asociación ilícita terrorista se encuentra consagrado en el Nº 5 del artículo 2 de la LCT y, en consecuencia, requiere de la concurrencia de alguna de las finalidades contenidas en el artículo 1º. Por su parte y correspondiente con la descripción típica se requiere que la asociación tenga el propósito de cometer delitos de terrorismo, los que, a su vez, exigen la concurrencia de alguna de las finalidades ya indicadas. Esta errónea técnica legislativa se ve confirmada al considerar que no es probable que una asociación terrorista se constituya para “producir en la población el temor justificado de ser víctima de un delito de asociación ilícita” sino que dicho temor dirá relación con el delito terrorista específico que tiene en mente cometer la mencionada asociación.

En segundo lugar, importa un excesivo adelantamiento de la punibilidad toda vez que quien integra una asociación ilícita es sancionado independientemente de la efectiva comisión de otros delitos utilizando la asociación como medio, o como señala nuestra legislación “importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”. En palabras, de QUINTERO OLIVARES⁴⁶⁵ es incomprensible el

⁴⁶⁴ Intervención del Ministro Sr. Carlos Cerda, en Sentencia de Corte Marcial, Nº 1742-87, de 31.07.1991; Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol Nº 151-91, de 4.06.1993; entre otras.

⁴⁶⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”. En Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos. Universidad de Huelva, pp. 177-190..

castigo “de los que se agrupan para decidir agruparse para luego delinquir”. Es más, de ser necesario el castigo en fases anteriores al delito, existe la fórmula de la tipificación expresa o específica, evitando las descripciones genéricas de los actos preparatorios punibles.

Por otra parte, la configuración típica del delito de asociación ilícita en el contexto de la LCT hace pensar –por su alejada conexión con el peligro o puesta en peligro del bien jurídico protegido- que tiene por objeto incriminar penalmente la conducta de quienes **sin haber cometido delito alguno, deben, por razones de política criminal, ser castigados en razón de su adherencia a determinada concepción política**⁴⁶⁶.

Es que el mero hecho de asociarse, integrar una organización que tiene un programa delictivo, supone un peligro abstracto para la lesión del ordenamiento constitucional democrático. Peligro abstracto cuya diferencia con aquel denominado “concreto” ha sido enfocado desde la perspectiva “ex ante” de la conducta (peligrosidad de la acción) o “ex post” (resultado de peligro)⁴⁶⁷. Concordando con CARO CORIA se estima que la distinción entre ambos tipos de peligro radica “en si para la tipicidad es suficiente un mero desvalor de acción, o si es necesario además un desvalor de resultado”⁴⁶⁸, de donde resulta que el peligro abstracto sólo exigiría la comprobación de la peligrosidad ex ante de la conducta, cuestión que en el delito de asociación ilícita, resulta, al menos, discutible⁴⁶⁹.

Técnicamente se corresponde con los delitos de mera actividad, sin embargo debe realizarse una valoración en torno a la *idoneidad* de la conducta para poner en riesgo el bien jurídico protegido. A este respecto, se estima que el simple hecho de afiliarse a una asociación cuyo objeto sea alterar el orden constitucional no resulta idóneo para ponerlo en riesgo. Y es que ¿una organización terrorista puede poner, realmente, en jaque el sistema democrático? Entendemos que no.

En definitiva, **la asociación ilícita terrorista tipificada como delito autónomo importa un adelantamiento de la barrera de protección penal de tal envergadura, que nos encontramos frente a otra manifestación del DPE**. Y esto es así toda vez que se estima que la relación entre la mera asociación y la afectación o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático, no es de la entidad suficiente para hacer uso del *ius puniendi* estatal.

En tercer lugar y desde otro punto de vista, se estima que la organización es un elemento constitutivo del terrorismo como fenómeno histórico y social. En

⁴⁶⁶ Este adelantamiento de la punibilidad, en especial a través de la figura de la asociación ilícita, ha sido utilizado históricamente para reprimir las más variadas formas de disidencia. En este sentido, *Ibíd.*, p. 179.

⁴⁶⁷ CARO CORIA, D. Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, pp. 468 y ss.

⁴⁶⁸ *Ibíd.*, p. 469.

⁴⁶⁹ VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit.

definitiva, su importancia radica en que ésta es la que cualifica a la “violencia” y la hace sistemática, adquiriendo el carácter de terrorista y diferenciándose de la violencia social, política y espontánea.

Considerando que el terrorismo es una estrategia política que utiliza la violencia como método y pretende someter u obligar a la población sobre la base del miedo para que adhiera una determinada concepción política, es indudable que sólo puede ser llevada a cabo por una organización terrorista. En otras palabras, **es el elemento organizativo el que confiere al terrorismo el carácter de estrategia**, sin perjuicio que no pueda ser considerado como una forma de criminalidad organizada y sometida a su mismo tratamiento jurídico porque el elemento valorativo primordial es la **intencionalidad política**, intencionalidad de la que carece el crimen organizado.

Y es que la finalidad política que se reconoce en el terrorismo y que se concreta en la lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático no parece tener posibilidades de materialización cuando no existe la organización. Comprenderán con nosotros, entonces, que **no es posible el terrorismo individual**.

Quienes sostienen lo contrario aducen que existirían razones históricas⁴⁷⁰ y sustantivo-penales que afirmarían tal posibilidad. Éstas últimas se fundarían en radicar el concepto de terrorismo en el empleo de determinados medios lesivos para ejecutar la acción. Se atiende a un derecho penal “objetivo” que atiende al daño producido⁴⁷¹. Brevemente, se estima que esto supone desconocer la naturaleza histórica y social del fenómeno terrorista ya que no todo delito cometido a través de determinados medios lesivos puede ser calificado como terrorista, basta considerar los delitos políticos u otros como la diseminación de gérmenes patógenos (artículo 316 del CP). Asimismo, por respeto al principio de lesividad o

⁴⁷⁰ Quienes realizan tales afirmaciones se han referido a ejemplos de actos que “calificados sin polémica alguna” como actos de terrorismo, han sido realizados prescindiendo de cualquier estructura organizativa: la acción individual anarquista que impregnó las manifestaciones de violencia política durante las últimas décadas del siglo XIX y los primeros años del S. XX. Frente a ello se puede señalar: existen poderosas razones para argumentar que la denominada “acción individual” del anarquismo no puede identificarse de manera exacta con el terrorismo, y que esta consideración responde mas bien a la extensión indebida del concepto “terrorismo” hacia la violencia política; la diferenciación entre organizaciones terroristas y anarquistas se ha producido también en el campo estrictamente jurídico; las acciones diseñadas por la estrategia anarquista no son estrictamente individuales, sino que responden a un colectivo que no se estructura al estilo de las organizaciones que normalmente conocemos (centralismo democrático, estructura celular); si bien es cierto el anarquismo ha recurrido en ocasiones al empleo de los métodos que también utiliza el terrorismo no puede afirmarse que ello responda al concepto de terrorismo ya que desde el punto de vista histórico, calificar como terrorista cualquier acción que provenga de un individuo o de un grupo y que emplee medios crueles o bárbaros, implica eliminar la necesaria distinción entre un delito político y un delito de terrorismo. Véase VILLEGAS, Myrna. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España. op. cit., pp. 615-662.

⁴⁷¹ RAMÓN CHORNET, Consuelo. Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 106.

exclusiva protección de bienes jurídicos se debe señalar que **no es el “acto” especialmente violento lo que determina la calificación jurídica sino la lesión o posibilidad de lesión del bien jurídico protegido**. Por otro lado, es difícil pensar que un individuo aislado pueda lesionar o poner en peligro el ordenamiento constitucional. Finalmente, la consideración del terrorismo individual trae aparejada la posibilidad de una extensión indebida del ámbito de lo punible hacia otras formas de violencia, generalmente social.

A mayor abundamiento, la mayor parte de la doctrina sostiene la necesidad de la presencia de un grupo organizado para el concepto jurídico del terrorismo⁴⁷² y, en igual sentido, la mayor parte de las legislaciones europeas⁴⁷³. En Chile, el elemento estructural no ha sido considerado de *lege data* como integrante del injusto penal y, en consecuencia, constitutivo del fenómeno. Sin embargo, la tendencia tanto doctrinal como jurisprudencial se ha orientado paulatinamente a valorar la organización⁴⁷⁴.

⁴⁷² Así, LAMARCA, C. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985. p.48, pp. 206 y ss., p. 456; la misma “*La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*”, en ADPCP, núm. 42, sept-dic. 1989, pp.957-988. esp pp.960 y ss.; “*Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*”, ADPCP, 1993, pp.535-559, 1993, esp. pp.536-537; GARCÍA RIVAS, N. *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*”, en PJ nº10, 1984, pp.107-113, p.107; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, p.58, CALDERÓN CEREZO-CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal. T. II. Parte Especial*; edit. Bosch, 1999, p.1229; PRATS CANUT, “*De los delitos de terrorismo*”, en QUINTERO OLIVARES - MORALES PRATS, et. al *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; Edit. Aranzadi, 1999, pp. 1624-1625; DE PRADA SOLAESA. “*Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*”, en JpD nº 25, marzo de 1996, pp. 73-77.; PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Edit. Debate, Madrid, 1990; p.265; BARÓN QUINTERO, “*Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución*”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borrallo, E. Eds., Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp.272-273, MARTÍNEZ CARDÓS, *El terrorismo: aproximación al concepto*”, en AP, 1998, núm.1, margs. 479-487, esp. marg. 486. En Chile, SAAVEDRA, Sebastián; CAYUQUEO, Álvaro; MONTESINOS, Pablo; y SOLER, Grethel, op. cit.; VILLEGAS, Myrna. *Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España*. op. cit.; DEL BARRIO, Álvaro y LEÓN, José. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile. 1990; entre otros.

⁴⁷³ La legislación española desde la Ley 82/1978 hasta el CP de 1995, que contempla como excepción el terrorismo individual; la Ley de Prevención del Terrorismo de 1974 y la Terrorism Act 2000 en Gran Bretaña que sancionan el hecho de pertenecer o colaborar con organizaciones terroristas; la Anti Terror Gesetz de 1976 en Alemania que incorporó al CP el tipo penal de asociación ilícita terrorista (art. 129 a) CP); la Ley Reale de 22-5-1975 en Italia. También en Francia se observa esta consideración (Ley nº 86-1.020 de 9-9-1986), aunque también contempla la posibilidad de terrorismo individual. Distinta ha sido la situación en los países latinoamericanos en los que el elemento organizativo no ha sido considerado como esencial. Así ocurre en el CP colombiano (art. 187), y en el DL 25.475 de 6-5-1992 en Perú, aunque éste contiene la organización pero como forma de terrorismo agravado.

⁴⁷⁴ Así en la doctrina DEL BARRIO, Álvaro y LEÓN, José. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Op. cit. En la legislación véase el Mensaje Presidencial de 11 mayo de 1990, citado, en el que se define el terrorismo como “un método de acción criminal”; en la jurisprudencia, Sentencia Corte de Apelaciones, GJNº 149, 1992, p. 90.

5.4 *La incriminación en las fases de desarrollo del delito o iter criminis.*

El artículo 7 de la LCT altera las reglas ordinarias de penalidad que rigen las fases de desarrollo del delito al señalar:

“La tentativa de comisión de un delito terrorista de los contemplados en esta ley será sancionado con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado. Si esta última constare de un solo grado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal y se impondrá a la tentativa el mínimo de ella.

La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los mencionados delitos, será castigada como tentativa del mismo”.

En primer lugar, se vulnera el principio de lesividad al asignar el mismo desvalor de injusto a ambos grados del *iter criminis*. En segundo lugar, se produce un efecto criminógeno indudable toda vez que le **será indiferente al sujeto realizar un delito en grado de tentativa o consumación.**

En relación al castigo de la amenaza de comisión de delitos de terrorismo, es imprescindible exponer la falacia dogmática que adolece. En efecto, siendo la amenaza de comisión de delitos de terrorismo sancionada con la misma pena que la tentativa de éstos, esto es, la pena mínima asignada al delito consumado, se infiere que se considera –erróneamente- que **la amenaza de cometer un delito de terrorismo implica dar principio a la ejecución de ese mismo delito.** Como bien ejemplifica VILLEGAS DIAZ, “no puede considerarse que quien realiza una llamada telefónica a otro amenazándole con secuestrarle a él o a un miembro de su familia, está dando principio a la ejecución del delito de secuestro”.⁴⁷⁵

Dentro de los procesos llevados adelante en el contexto del conflicto por recuperación de tierras ancestrales, el dirigido contra los lonkos Aniceto Norín y Pascual Pichún por el delito de amenazas terroristas en la persona de don Juan Agustín Figueroa⁴⁷⁶ es ejemplificador a estos efectos:

“Los ilícitos antes referidos están insertos en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin observar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear

⁴⁷⁵ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. op. cit.

⁴⁷⁶ En definitiva, como se verá en el capítulo V, los lonkos Aniceto Norín y Pacual Pichún fueron condenados a 5 años y 1 día por el delito de amenazas terroristas en contra de la persona de Juan Agustín Figueroa Yavar y absueltos del delito de incendio terrorista por no haberse acreditado su participación en los hechos.

un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores de la octava y novena regiones. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desproporcionadas, hechas bajo presión por grupos beligerantes a los dueños y propietarios, a quienes se les advierte que sufrirán diversos tipos de atentados en caso de no acceder a sus requerimientos, muchas de estas amenazas se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daños y ocupaciones de tierras, que han afectado tanto a los individuos y bienes de diversas personas dedicadas a las actividades agrícolas y forestales de ésta zona del país.

En efecto, actualmente y de acuerdo al principio de la lógica el temor justificado de la Población o de una parte de ella de ser víctima de delitos de la misma especie se encuentra acreditado por el hecho de haber sido amenazados de ser perjudicados por la comisión de un delito que se perpetraría mediante artificios incendiarios”⁴⁷⁷.

De este modo, el entendimiento del Tribunal es erróneo, al menos, en 3 dimensiones. En primer lugar, infringe el principio de culpabilidad al determinar que la amenaza realizada en orden a causar un incendio, reviste la calidad de terrorista, esto es, un incendio cuyo propósito era “causar temor en la población o parte de ella” y también de “arrancar exigencias a la autoridad”, mediante la referencia al conflicto en la zona, es decir, sin realizar la correcta e indispensable imputación en la conducta de su autor⁴⁷⁸. En segundo lugar, adolece de una falacia argumentativa al considerar que la amenaza de cometer “un delito de terrorismo mediante artificios incendiarios” es constitutiva tanto del injusto penal de amenazas terroristas como de la finalidad terrorista de causar temor toda vez que se usará un artefacto incendiario, cuando una correcta interpretación de la circunstancia contenida en el N° 1 del artículo 1° exige que tales medios se hayan efectivamente utilizados⁴⁷⁹. Finalmente, infringe los principios del derecho penal al realizar una interpretación extensiva de la finalidad contenida en el N° 2 del artículo 1 que exige que a quien se le deben arrancar resoluciones es a autoridades, categoría que excluye “a toda persona u organización de personas que no constituya o no se desempeñe en un órgano del Estado”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ STOP de Angol, 23 de septiembre de 2003, contra: Pascual Pichún, Patricia Troncoso Robles Aniceto Norín, R.U.C.: 0100083503-6.

⁴⁷⁸ BASCUÑAN, Antonio. op. cit.

⁴⁷⁹ VILLEGAS, Myrna. Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización del Pueblo Mapuche. Ediciones Cátedra, pp. 110 y 111. En relación a la exigencia de un uso efectivo de los artefactos véase supra 3.1.3 *La presunción por la naturaleza y efectos de los medios empleados*.

⁴⁸⁰ BASCUÑAN, Antonio. op. cit., p. 28.

El delito de amenazas, si bien no terroristas, ha sido frecuentemente causa de denuncias y de formalizaciones en el periodo comprendido entre 2006-2008, aunque no mayoritaria⁴⁸¹.

En relación a la percepción que tienen los operadores del sistema judicial, un 20% de los efectivos de la policía de Carabineros que fueron entrevistados señala que las amenazas son uno de los delitos por los que más denuncian las forestales y particulares. Por su parte, la cifra es de un 12% en el caso de los comuneros entrevistados. Por otro lado, el Fiscal entrevistado en una numeración de 1 a 5, siendo 1 la menor frecuencia y 5 máxima frecuencia, ubica las amenazas en el número 1. Los defensores, en la misma numeración, ubican las amenazas en el número 2⁴⁸².

IV. DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS

El Derecho Penal Simbólico, como se ha visto, es una importante dimensión del Derecho Penal del Enemigo al momento de construir, determinar y consolidar al “enemigo” u “otro”. En gran parte lo logra mediante su indisoluble relación con los medios de comunicación de masas (en adelante, MCM), que le permiten legitimar y comunicar su discurso ante la ciudadanía creando así una determinada “opinión pública”. Y es que todo discurso tiene una intención y la de los MCM ha sido –al menos respecto al “conflicto mapuche”- el **generar un frente de solidaridad en la población de cara a este “enemigo común y terrorista”**, obteniendo así legitimidad suficiente para la aplicación de la severa LCT y otras medidas extraordinarias y represivas.

De este modo, es fácil advertir el poder fáctico e institucional que ostentan aquellos actores que promueven y estimulan la represión y la violencia institucional contra aquellos que, contrariando y poniendo en peligro sus intereses, buscan la reivindicación de sus territorios ancestrales y mayor equidad social y política.

Así, por ejemplo, en el marco de la “Operación Paciencia”, el 4 de diciembre de 2002 se detuvo a gran parte de los presuntos integrantes de la CAM, organización que era sindicada como asociación ilícita terrorista. Uno de los detenidos señala que al efectuarse el registro domiciliario de su hogar se requisaron literatura latinoamericana y trutrukas. A pesar de no existir ninguna prueba contundente al respecto el *Diario Austral* en su titular calificaba la organización como “*la más radicalizada del conflicto mapuche*” (5 de diciembre de 2002). Durante el juicio la presencia de testigos con reserva de identidad y de testimonios relacionados a hechos ya resueltos por otros tribunales fue común. Dentro de estos testigos se

⁴⁸¹ Informe final, proyecto de investigación “Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche”, op. cit., p. 153.

⁴⁸² Ídem.

encontraba uno condenado por estafa y receptación de especies, quien declaró que era intención de la CAM “*hacer volar el centro de Temuco por medio del derrame de combustible en las alcantarillas*”. Sin considerar la poca credibilidad del testigo, la prensa nacional y regional (diario electrónico El Gong, La Tercera, Canal 13, entre otros) reprodujeron parcialmente la declaración haciéndola parecer como un hecho cierto, lo que produjo un importante impacto mediático⁴⁸³.

El 9 de noviembre de 2004 el Tribunal Oral en lo Penal de Angol dictó, en el marco del proceso seguido contra los integrantes de la CAM, sendas sentencias absolutorias en contra de los imputados por el delito de asociación ilícita terrorista teniendo como fundamento la **ausencia de la finalidad terrorista y la inexistencia de la organización ilícita**. A pesar de esto, los MCM insistentemente calificaban las acciones, motivaciones, propósitos, consecuencias y a las organizaciones como “terroristas”⁴⁸⁴. En efecto, la prensa regional mediante el diario electrónico El Gong, al día siguiente, respondió con la siguiente noticia: “Y entonces, ¿quiénes son los culpables?... Organizadores, ejecutores de atentados y alteración del orden público, siguen en la impunidad”.

Ningún medio de prensa cuestionó el trabajo de la Fiscalía, la debilidad de su acusación y medios de prueba, el uso de la LCT o el largo período de prisión preventiva de los imputados, sino que se cuestionó al sistema judicial por su ineficiencia al no encontrar a los culpables del supuesto “clima de temor y violencia”⁴⁸⁵.

Es más, en una carta al Director enviada al diario La Tercera el 13 de abril de 2005 y refiriéndose a la anulación del fallo que determinaba la absolución de dos comuneros por el delito de asociación ilícita terrorista, el entonces tesorero de RN señaló:

“Los jueces del Tribunal Oral en Lo penal de Temuco, a pesar de contar con contundentes pruebas, aportadas principalmente por los fiscales del Ministerio Público y declaraciones de testigos que ilegalmente desecharon, prefirieron -para despenalizar y liberar a los terroristas- antes que todo el ‘representarse el contexto social’ de acuerdo con las tesis del intelectual indigenista José Aylwin Azócar, tal como lo dejaron estampado en forma destacada en su desechado fallo. Como si la sola mención de Aylwin diera autorización para desechar la lógica, la Constitución y las leyes”⁴⁸⁶.

El poder de los MCM en el ámbito judicial puede comprobarse, además, al observar que en el caso Poluco Pidenco entre los medios de prueba presentados

⁴⁸³ MELLA, Eduardo. op. cit., pp. 122 y ss.

⁴⁸⁴ AMOLEF, Andrea. La alteridad en el discurso mediático: Mapuches y la prensa chilena II. En Boletín IFP, año N° 1, N° 7, junio de 2004, pp. 19-22.

⁴⁸⁵ MELLA, Eduardo. op. cit., pp. 122 y ss.

⁴⁸⁶ La Tercera, 13 de abril de 2005, cartas al director. Enviada por el tesorero de RN, Osvaldo Carvajal Rondenelli, titulada “Anulación de fallo”.

por el Ministerio Público se encuentran 5 recortes del diario La Tercera, 10 del diario El Mercurio, 2 del diario Renacer de Angol, 16 del Diario Austral y 10 del diario electrónico El Gong⁴⁸⁷. Todos estos extractos, como es evidente, fueron acompañados puesto que daban cuenta de la pretensión del Ministerio Público: que las conductas desarrolladas en el incendio del fundo Poluco Pidenco eran imputables a título terrorista.

Desde otra dimensión, este tratamiento “diferenciado” respecto al pueblo mapuche puede ser rastreado desde la actualidad hasta el siglo XIX. En efecto, el diario El Mercurio a mediados del siglo XIX publicó:

“Todo lo que ha gastado la naturaleza en desarrollar su cuerpo, mientras que su inteligencia ha quedado a la par de los animales de rapiña cuyas cualidades poseen en alto grado, no habiendo tenido jamás una emoción moral”.

En la última década la situación no es radicalmente distinta como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

DIARIO	FECHA	TÍTULO DE LA NOTICIA
El Mercurio	29/03/2000	“Mapuches secuestran a Ministra y Jueza”
<i>Diario Austral de Temuco (Emol)</i>	10/08/2001 <i>Portada</i>	“Robo en el úsares – armas estarían en poder de los Mapuches”
<i>La Segunda (Emol)</i>	14/12/2001	“Terrorismo en la Araucanía”
<i>El Mercurio</i>	6/07/2002	“Alta sensación de inseguridad en la Araucanía”
<i>El Mercurio</i>	30/08/2002	“Cárcel para Loncos terroristas”
<i>La Tercera (COPESA)</i>	2/03/2002	“Tres carabineros heridos deja enfrentamiento con mapuches”,
<i>Diario Austral de Temuco (Emol)</i>	22/04/ 2002	“Controvertida vinculación mapuche zapatista”,
<i>El Mercurio</i>	14/01/2003 Nacional	“Asaltan bus de una forestal”
<i>Diario Austral de Temuco</i>	4/12/2003 Nacional	“Senadores declaran guerra a Huilcamán”
<i>El Mercurio</i>	13/01/2004 Nacional	Condena a cinco años: Policía tras dos Loncos terroristas”
<i>La Tercera (COPESA)</i>	12/06/ 2006 Nacional	“Ataque contra agricultor estaría vinculado con juicio contra comuneros mapuche”
<i>La Tercera (COPESA)</i>	4/07/2006 Nacional	“Familia Luchsinger cumple 100 años viviendo en medio del conflicto mapuche

⁴⁸⁷ Ídem.

DIARIO	FECHA	TÍTULO DE LA NOTICIA
<i>La Tercera</i> (COPESA)	4/02/ 2006 Nacional	“Mapuches denuncian presunta militarización en zona de lago LLeu LLeu”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	10/02/ 2006	“Encapuchados atacan con bombas molotov a agricultor en IX Región”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	24/08/ 2006 Nacional	“Investigan faltas en uso de tierras”. “Sancionarían a indígenas”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	23/10/ 2006 Nacional	“Identifican el nuevo perfil de los grupos violentistas mapuches” “Son sujetos que están estudiando en universidades”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	16/11/ 2006 Nacional	“Mapuches agraden a fiscales y provocan grave incidente en juicio”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	1/12/ 2006 Nacional	“60% de los mapuches justifica la violencia para recuperar tierras”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	22/02/ 2007 Nacional	“Detienen a líder mapuche prófugo portando arma”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	8/05/ 2007 Nacional	“Encapuchados incendian bus forestal en IX Región”. “Se presume que el hecho pudo ser la acción de comuneros mapuche de Temucuicui, la misma comunidad que ha protagonizado diversos incidentes y enfrentamientos con la policía en sus procesos reivindicativos de tierras”.
<i>El Mercurio</i>	6/12/2007	“Ataque dejó pérdidas por \$188 millones: Grupo armado eligió fundo aislado para estrenar estrategia paramilitar”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	6/01/ 2008 Nacional	“Autores de atentados manejaban armas con destreza y vestían ropa militar...los encapuchados...le dijeron que realizaban esta acción en venganza por la muerte del joven Matias Catrileo”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	6/01/ 2008 Nacional	“Mapuches se coordinan para realizar actos violentistas en forma permanente”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	7/01/ 2008 Nacional	“Policía indaga nexos de activistas mapuches con ex lautaristas”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	8/01/ 2008 Nacional	“Gerente de hidroeléctrica en conflicto con mapuches sufre atentado a tiros en Las Condes”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	8/01/ 2008 Editorial	“Nexo de atentado en Santiago con conflicto mapuche desata alarma”
<i>La Tercera</i> (COPESA)	9/01/ 2008 Cartas al Director	“Dejémonos de hipocresías y el mal uso de la semántica...dejemos de hablar del joven estudiante muerto por Carabineros en el Sur. La verdad es que se trató de un delincuente muerto en manos de quien, en cumplimiento de sus obligaciones con la patria tuvo que disparar contra un malhechor que realizaba un acto vandálico contra la propiedad de un particular...quien actuó de acuerdo a su obligación se encuentra detenido, cuando lo que merece es nuestro reconocimiento”

DIARIO	FECHA	TÍTULO DE LA NOTICIA
<i>La Tercera (COPESA)</i>	12/01/2008	“Conflicto mapuche: 76% cree que se deben aplicar medidas drásticas con activistas” “Según un sondeo del Centro de Encuestas de La Tercera”
<i>La Tercera (COPESA)</i>	12/02/2008 Política	“Diputado Arenas acusó a hijo de Aylwin de fomentar la violencia en conflicto mapuche” “El parlamentario gremialista respondió a las denuncias hechas por José Aylwin sobre abusos y torturas por parte de Carabineros a comunidades indígenas”.
<i>La Tercera (COPESA)</i>	23/03/2008 Reportajes	<i>“Ex lautaristas prófugos: pistas que llevan a La Araucanía”</i>
<i>La Tercera</i>	08/09/2008 Nacional	<i>“Comunero mapuche quedará en prisión preventiva por ataque incendiario”</i>
<i>El Mercurio</i>	08/03/2009	<i>“Gobierno compra tierras vecinas a las de agricultores atacados para detener violencia”.</i>
<i>El Mercurio</i>	24/04/2009 Nacional	<i>“Mapuche vinculado a las FARC recibió entrenamiento entre 2006 y 2007”.</i>
<i>La Segunda</i>	27/05/2009	<i>“Fiscal que combate la violencia en la Araucanía: “La CAM no se ha desarticulado nunca”.</i>
<i>El Mercurio</i>	02/08/2009 Reportajes	<i>Fiscalías enviaron, entre 2005 y 2009, ocho informes reservados pidiendo policías y recursos: Las alertas del Ministerio Público al Gobierno sobre el recrudecimiento del conflicto mapuche”.</i>
<i>La Tercera</i>	31/07/2009 País	<i>“Presidente de camioneros: ‘No es la solución’ transitar armados por la Araucanía” “Gremio coordinó con el Gobierno medidas de resguardos para enfrentar hechos de violencia en la Araucanía”.</i>
<i>El Mercurio</i>	05/08/2009 Nacional	<i>“Tres vascos estarían dando instrucción y asesorando a mapuches en la Araucanía”.</i>
<i>La Tercera</i>	16/08/2009 Nacional	<i>“Encapuchados atacan a fiscal tras incendio de escuela en zona mapuche”.</i>
<i>El Mercurio</i>	30/08/2009 Economía y Negocios	<i>“52% de las tierras mapuches compradas este año son para comunidades violentas”</i>
<i>El Mercurio</i>	01/09/2009 Nacional	<i>“Primer video de ataque a fundo revela método utilizado por encapuchados en La Araucanía”.</i>
<i>El Mercurio</i>	02/10/2009 Nacional	<i>“General Gordon: Agricultores ‘tienen libertad de hacer lo que estimen procedente”’.</i>
<i>El Mercurio</i>	16/10/2009 Nacional	<i>“Amenazan de muerte a fiscal que investiga ataques de mapuches”.</i>
<i>El Mercurio</i>	20/10/2009	<i>“Pérez Yoma: Comunidades que ‘amparen a delincuentes’ no podrán negociar tierras”.</i>
<i>La Tercera</i>	20/10/2009	<i>“Testigo protegido asegura que mapuches usaron fusil M-16 en ataques”.</i>

DIARIO	FECHA	TÍTULO DE LA NOTICIA
<i>El Mercurio</i>	02/11/2009 Nacional	<i>“Video y fotos de niños mapuches usados como escudos se exhibieron al concluir comisión del Senado”.</i>
<i>El Mercurio</i>	09/11/2009 Nacional	<i>“Revelan planificación de salidas de líderes de la CAM hacia zonas FARC”.</i>
<i>El Mercurio</i>	21/11/2009 Nacional	<i>“Agricultores se protegen con chalecos antibalas tras amenazas de muerte”.</i>

Sintomático de esta presencia de los MCM en el conflicto –y, en particular de El Mercurio- es un estudio realizado por la Revista sobre Medios de la Escuela de Periodismo de la Universidad Alberto Hurtado puesto que de un análisis de prensa escrita de los diarios La Tercera y El Mercurio en la semana del lunes 10 al domingo 16 de agosto de 2009 concluye que “el conflicto mapuche fue la noticia más cubierta por El Mercurio”⁴⁸⁸.

Ahora bien, la “influencia” de los grupos económicos afectados por el conflicto territorial no sólo se encuentra al interior de los procesos judiciales y de la conformación de “frentes de solidaridad” mediante el discurso periodístico sino que también ha alcanzado al poder judicial. El 19 de octubre de 2006, un grupo de parlamentarios de la bancada de RN, interpuso ante la Corte Suprema una Solicitud de Remoción del Fiscal Regional de la Araucanía, Francisco Lubjetic, por “negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones”, negligencia que a su juicio se habría producido por no haber continuado aplicando la ley de conductas terroristas a mapuches⁴⁸⁹.

Se expresa en la referida solicitud que “El Fiscal regional sabe, o no debe menos que saber... que la zona en comento es de una naturaleza especial, con un tipo de criminalidad compleja de naturaleza terrorista...de la sola descripción de los hechos...resulta evidente que las acciones delictivas son realizadas por grupos organizados, que demuestran en sus ataques preparación paramilitar, que cuentan con buen financiamiento económico, y cuyos miembros justifican sus acciones delictivas en la finalidad de recuperar tierras supuestamente usurpadas. Mediante sus actuaciones, dichos grupos han sembrado el terror entre los agricultores de la Novena Región y entre la gran mayoría de los miembros de comunidades mapuche...”.

⁴⁸⁸ Análisis de prensa Lunes 10 al Domingo 16 de agosto de 2009: El conflicto mapuche fue la noticia más cubierta por El Mercurio, publicado el 24 de agosto de 2009, en Análisis de Prensa, Política y Economía, Revista sobre Medio de la Escuela de Periodismo de la Universidad Alberto Hurtado, disponible en www.puroperiodismo.cl/?p=2211, visitada el 18 de noviembre de 2009.

⁴⁸⁹ Solicitud interpuesta por los diputados Sres. Gonzalo Arenas, Marcelo Forni, Rodrigo Alvarez Zenteno, Gonzalo Uriarte, José Antonio Kast, Sergio Bobadilla, Marcela Cubillos, Jorge Ulloa, Iván Norambuena, Felipe Ward Edwards, ante la oficina de Asuntos administrativos de la CS, Rol AD-819-2006, 19 de octubre de 2006. En Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit., p. 184.

La Corte Suprema rechazó la solicitud en fallo de 31 de enero de 2007, señalando “que en lo referente a la aplicación de la ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, si bien corresponde a quien dirige la investigación determinar si los hechos pesquisados se encuadran en las conductas que la ley tipifica como ilícitos penales, por lo que pasa a ser una decisión de las autoridades en quienes radica su ejercicio, esto en la medida que se acredite la participación de personas determinadas y, a lo menos se les formalice cargos en tal sentido, sin perjuicio que existan otras personas y autoridades que puedan instar por su aplicación”.

En relación a la supuesta negligencia del Fiscal, la Corte Suprema señaló: “que la responsabilidad directa en la investigación de los hechos radicó en el fiscal adjunto señor Velásquez, a quien en definitiva se le asignaron las causas de que se trata. De esta forma la función del Fiscal Regional resulta solo indirecta, y en líneas generales, se tradujo en la omisión de velar para que los fiscales adjuntos cumplieran eficazmente sus funciones e impartirles instrucciones al efecto” (considerando 26º)...que aun cuando el fiscal regional cumplió formalmente con sus obligaciones legales, no demostró suficiente diligencia en ello, adoptando medidas que importaran una tramitación más eficaz y oportuna en las causas seguidas para pesquisar los delitos de que fue víctima el señor Urban. Tales hechos si bien reflejan que el fiscal Regional no adoptó ciertas medidas que pudieran parecer convenientes en la ejecución de sus funciones, relativas a la dirección de la investigación y como esta se llevó a efecto, omitiendo designar a un fiscal especial, como también no representar a carabineros la falta de eficiencia de las medidas de protección a las víctimas relacionadas con esta causa” (considerando 27º).

Finalmente la Corte estimó que “las faltas atribuidas al Fiscal regional no revisten la gravedad y entidad suficiente para configurar la causal de negligencia manifiesta requerida para aplicarle la extrema medida de expulsión del Ministerio Público”. (Considerando 28º).

A pesar de lo expresado por la Corte Suprema, la repercusión de esta solicitud se manifestó de inmediato y el Ministerio Público designó un fiscal con dedicación exclusiva a las causas en las que estuvieran involucrados mapuche.

Esta irrupción de los poderes fácticos –grandes conglomerados económicos- no sólo se relaciona y construye en torno al ámbito judicial sino que también en el ámbito legislativo, haciendo uso de toda la influencia que tienen en el mundo de la política. Es que desde hace varios años, determinados sectores del Congreso Nacional, han propugnado que debe combatirse a los mapuche “con todo el rigor de la ley, ya que sus conductas han creado un estado de inseguridad y temor que es incompatible con el pleno funcionamiento del Estado de Derecho”⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Declaraciones del Senador por la Araucanía, Alberto Espina, realizadas en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en marzo de 2002.

A modo ilustrativo, se puede indicar cómo se produjo la paralización del debate parlamentario sobre un proyecto de ley que modificaba la LCT y que político criminalmente perseguía solucionar una importante arista del conflicto mapuche y beneficiar de algún modo a quienes fueron condenados a 5 años y 1 día por el delito de amenazas terroristas o a 10 años o más por el de incendio terroristas. En efecto, el Ejecutivo presentó en julio de 2006 una moción que pretendía restringir la calificación de delitos como terroristas sólo y únicamente cuando importaran ataques graves a bienes jurídicos de la mayor importancia, referidos a la indemnidad personal, como la vida, la salud y la integridad. En consecuencia, se excluía la protección de la propiedad en la LCT, entendiendo que ésta no “merecía” la especial intensidad de incriminación que representa esta ley⁴⁹¹. En concreto, se propuso incorporar a la LCT un artículo 2 bis en virtud del cual “sólo se entenderá delito de terrorismo aquel que afecta la vida, la integridad física, la libertad y la salud de las personas”⁴⁹².

El diario El Mercurio no tardó en publicar una inserción del Consorcio Agrícola del Sur, asociación integrada por los agricultores más acaudalados de la zona, en el que expresaban su molestia con el Ejecutivo en la medida en que éste había efectuado “una distinción inaceptable” al no estimar que el derecho de propiedad es un derecho humano que requiere de la mayor protección. En concreto, el 4 de agosto de 2006, en una noticia intitulada “Fin a la violencia: ¡necesitamos la paz!” señaló que es inadmisibles distinguir “entre derechos humanos fundamentales y derechos humanos no fundamentales, brindándole a los primeros una protección jurídica más vigorosa. Esta discriminación es inaceptable. (...) Todos los derechos humanos tienen iguales resguardos, y los mecanismos de custodia se ponen en acción, cualquiera sea el quebrantado...” Aduciendo, además, que tal moción de reforma estaría en contradicción con el Convenio para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas, ratificado por Chile⁴⁹³.

Dos semanas más tarde, el mismo diario El Mercurio⁴⁹⁴ publicó la siguiente noticia en la portada: “mapuches arriendan tierras que el gobierno les compró” y en su

⁴⁹¹ VILLEGAS DIAZ, Myrna. “El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”, en Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal. Ediciones Universidad Central, 2008, pp. 454. Disponible también en VILLEGAS, Myrna. Derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche. Ediciones La Cátedra, Santiago, 2009, pp. 35-125.

⁴⁹² Proyecto 4688 de 5 de julio 2006. Boletín 4298-07. Tramitación terminada.

⁴⁹³ Al respecto es importante indicar que tal planteamiento no tiene base alguna. En primer lugar, porque la distinción entre derechos humanos y derechos humanos fundamentales es ampliamente reconocida por importantes autores tales como Antonio Perez Luño, Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio, Gregorio Peces Barba, entre muchos otros. En segundo lugar, en la medida que aún cuando se estimara que todos los derechos humanos gozan de igual jerarquía no se podría predicar lo mismo en relación a sus resguardos y mecanismo de custodia, baste observar como se construye el conocido Recurso de Protección. En tercer lugar, porque el Convenio para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bomba, como se ha explicado, no protege a la propiedad de forma autónoma y/o independiente de su función social o del ámbito de indemnidad personal. Véase Informe UCEN, p. 166-170.

⁴⁹⁴ Diario El Mercurio, sección Nacional, 20 de agosto de 2006, p. 9

interior detallaba “mapuches arriendan tierras ilegalmente”. Como era de esperar, no se preguntaron por las razones de estos hechos, en otras palabras, no se preguntaron si tales terrenos eran aptos para el cultivo y la ganadería dada la deshidratación y sequía que traen las forestales colindantes, si eran culturalmente adecuados o, en definitiva, si existían las condiciones para que las familias pudieran desarrollarse y subsistir en esa tierras⁴⁹⁵.

Lamentablemente, pero como era de esperarse, la campaña periodística impulsada por El Mercurio y apoyada por sectores del Congreso Nacional tuvo éxito: no se legisló a favor de los mapuches, ni siquiera se admitió el proyecto a tramitación⁴⁹⁶. Y aún más, actualmente, el Gobierno de Michelle Bachelett, a través de su Secretario General y ministro coordinador para Asuntos Indígenas, José Antonio Viera-Gallo, defiende la aplicación de la LCT a los hechos cometidos al interior del conflicto territorial⁴⁹⁷.

Como decía NOVOA MONREAL:

“Todo interesado en mantener el ‘status’ social reprueba el empleo de la violencia como medio para lograr cambios o reformas sociales”, ya que cuando manifiesta “sustentar principios democráticos, ofrece una vía expedita, la vía electoral”. Por tanto, “la violencia contra...el sistema económico o la organización social, es para estas personas un medio ilícito, atentatorio contra la expresión de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos, por consiguiente las leyes deben perseguirlo y sancionarlo severamente”⁴⁹⁸.

V. EL BREVE PERÍODO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL COMÚN Y LA MODIFICACIÓN DEL DELITO DE ABIGEATO

Al asumir el mando presidencial, Michelle Bachelet Jeria -principalmente por la presión internacional⁴⁹⁹- se comprometió a dejar de aplicar la LCT a los casos que

⁴⁹⁵ VILLEGAS, Myrna. Derecho Penal del Enemigo y la criminalización del pueblo mapuche. op. cit., p. 109.

⁴⁹⁶ En cambio, sí se acogió a tramitación un proyecto de ley presentado dos semanas después por la Bancada de la UDI que pretendía eliminar la prescripción de los delitos terroristas. N° Boletín: 4512-07. 12 de septiembre de 2006, actualmente archivado por la Comisión de Constitución.

⁴⁹⁷ El Mercurio, 17 de noviembre de 2009, sección Nacional, “Viera-Gallo defiende aplicación de Ley Antiterrorista criticada por Naciones Unidas”.

⁴⁹⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. “Derecho, Justicia y Violencia”, 1968, en Obras escogidas. Una crítica al Derecho Tradicional. Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993, p. 48.

⁴⁹⁹ Dentro de estas presiones internacionales podemos contar el informe de Human Rights Watch y del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas: “Chile: Indebido proceso. Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuches en el sur de Chile”, octubre de 2004, Vol. 16 N°5 (B); y el informe del Relator especial de la ONU, Rodolfo Stavenhagen: Derechos humanos y cuestiones indígenas, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.

se produjeran en torno a la demanda indígena por el territorio, subsistiendo, en todo caso, su aplicación para aquellos procesos en los que hubieran prófugos de la justicia que ya se encontrarán formalizados bajo esta ley. En palabras de la misma Presidenta Michelle Bachelet: "No voy a aplicar la ley antiterrorista porque considero que la justicia ordinaria tiene bastante fuerza para actuar". Así se confirmaba que la aplicación de esta ley responde a criterios políticos más que a jurídicos⁵⁰⁰, tal como lo han manifestado algunos operadores del sistema⁵⁰¹.

Junto a esto, como se indicó con anterioridad, se impulsaron varias reformas que perseguían modificar el escenario legal y judicial en el que se estaba desarrollando el conflicto. Una de ellas pretendía otorgar la libertad condicional anticipada a comuneros que estuvieran cumpliendo condena por aplicación de la LCT mediante la reforma de la Ley 18.216, el que, por supuesto, fue rechazado⁵⁰². Asimismo, el Ejecutivo impulsó una reforma a la LCT por medio de la cual se restringía la calificación de los delitos de terrorismo a aquellos que afectaren la vida, la integridad física o la salud⁵⁰³. Además, se impulsó otro proyecto, más general, que estaba destinado a modificar el concepto de terrorismo⁵⁰⁴.

Ninguno de los proyectos tuvo éxito y a la fecha no se conocen nuevas iniciativas para su adecuación- mediante reforma legal- a los estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y sobre derechos humanos. Además, la promesa en torno a dejar de aplicar la LCT fue incumplida⁵⁰⁵ toda vez que el Ministerio del Interior, a través de la abogada de la Gobernación Provincial de Cautín, Doris Tello, presentó en febrero de 2009 una querrela criminal ante el Tribunal de Garantía de Lautaro, invocando la LCT en una causa que se sigue por el incendio y sustracción de especies de una propiedad agrícola en la misma

⁵⁰⁰ CONEJERA, Claudio; GUTIÉRREZ, Jorge; PEDRAZA, María; QUINTANA, Luis; y ZUÑIGA, Daniela. op. cit., pp. 102-116.

⁵⁰¹ Durante una gira por Europa que realizó la Presidenta en mayo 2006, en una charla con periodistas y unos 200 residentes chilenos, dio ésta respuesta a uno de los asistentes que la interpeló por los presos mapuche en huelga de hambre que enarboló un cartel que decía "Libertad para los presos políticos mapuches". La respuesta completa fue: "Sí, yo le voy a explicar. En Chile, como en ninguna parte del mundo donde existe un gobierno democrático, el gobierno no puede cambiar una sentencia judicial". Dejando en claro su intención de no inmiscuirse en la justicia, Bachelet expresó su desacuerdo con la LCT: "No voy a aplicar la ley antiterrorista porque considero que la justicia ordinaria tiene bastante fuerza para actuar", puntualizó. Prometió cambios legislativos para una liberación anticipada y prometió que su gobierno los apoyaría. Fuente: <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=355>. Visitado el 30 de agosto de 2009.

⁵⁰² Proyecto 4579 de 4 mayo 2006. Boletín 4188-07. Tramitación terminada. Rechazado.

⁵⁰³ Proyecto 4688 de 5 de julio 2006. Boletín 4298-07. Tramitación terminada.

⁵⁰⁴ Proyecto 4591 de 10 de mayo 2006. Boletín 4199-07. Actualmente archivado por la Comisión de Constitución.

⁵⁰⁵ Es necesario indicar que con anterioridad el Ministerio Público ya había invocado la LCT en contra de dos estudiantes de la carrera de Antropología de la Universidad Católica de Temuco Félix Delgado y Jonathan Vega por hechos relacionados con la protesta mapuche en la región de la Araucanía. La diferencia radica en que ahora cuenta con el patrocinio o el respaldo político e institucional del Gobierno, lo que incumple la promesa ofrecida. En cualquier caso, el número de formalizados en el 2009 al amparo de esta ley es mucho mayor y ejemplarmente se puede citar a Rodrigo Huechipán, Mauricio Huaquilao Huaquilao, Miguel Tapia Huenulef, Andrés Gutierrez Coña, Edgardo José Hernández Lucero, entre otros.

región ocurrido el 12 de enero de 2009, en el cual se ha imputado a varias personas mapuche. El patrocinio del Gobierno es incuestionable al declarar, mediante su Ministro del Interior, que: "En este caso se configuran todos los antecedentes de una organización o de un intento de organización terrorista. Por consiguiente, vamos a aplicar todas las medidas correspondientes, inclusive, vamos a invocar la aplicación de la Ley Antiterrorista"⁵⁰⁶. Aún más, el Gobierno mediante el mismísimo ministro coordinador de Asuntos Indígenas, Antonio Viera-Gallo, y casi 10 meses después de la primera formalización, ha defendido la aplicación de esta legislación de excepción en el marco del conflicto territorial⁵⁰⁷.

Con todo, en el intersticio en que no fue aplicada la LCT la criminalización de la protesta social mapuche por el territorio se mantuvo tanto a través de un determinado y especial uso de la legislación penal común, como veremos en el capítulo siguiente, como también mediante la modificación del delito de abigeato.

El delito de abigeato –hurto o robo de animales- se encontraba tipificado dentro de las disposiciones comunes a los delitos de hurto y robo del CP. En específico, se encontraba castigado en el artículo 449 del CP con el aumento de un grado de las penas asignadas al robo o hurto.

Coincidiendo con la proclamación de Michelle Bachelet como Presidenta de la República, el Congreso Nacional aprobó rápidamente, en enero de 2006, una modificación a los delitos de abigeato, los que ahora están contenidos en un párrafo completo del CP⁵⁰⁸. Cabe destacar dentro de éstas modificaciones, el aumento de las penas⁵⁰⁹, el establecimiento de presunciones de responsabilidad penal y de dominio de las especies⁵¹⁰, la punición de actos preparatorios, entre otros⁵¹¹.

La modificación de este delito tiene particular relevancia en el contexto del conflicto territorial no sólo porque, en los hechos, ha motivado gran parte de los registros domiciliarios y procesos contra mapuche sino que también porque parece ser una respuesta al recrudecimiento de la violencia y la represión en el conflicto territorial.

En esta línea y como suele suceder con antelación al inicio de una reforma legislativa, los medios de comunicación –en especial El Mercurio- trataron intensamente el asunto generando diversas noticias sobre la comisión de este tipo

⁵⁰⁶ El Mercurio, Crónica, Nacional, 13 de febrero de 2009, disponible en el blog <http://blogs.elmercurio.com/cronica/2009/02/13/el-gobierno-invocara-la-ley-an.asp>, visitado el 24 de noviembre de 2009.

⁵⁰⁷ La Tercera, 17 de noviembre de 2009, titulada "Gobierno defiende aplicación de Ley Antiterrorista criticada por la ONU".

⁵⁰⁸ Ley 20.090 que sanciona con mayor rigor el abigeato y facilita su investigación, de 11 de enero 2006.

⁵⁰⁹ Se establece pena de multa si la especie sustraída supera las 5 UTM. Artículo 448 ter del CP.

⁵¹⁰ Artículo 448 quáter del CP.

⁵¹¹ Artículo 448 en relación al artículo 445, ambos del CP.

de delitos, produciendo –como es de esperar- una opinión pública y parlamentaria que sostenía la necesidad de agravar el tratamiento jurídico del abigeato. En este sentido, el entonces Senador por la Araucanía José García Ruminot fue –en consonancia con la posición de los sectores parlamentarios de la derecha- particularmente enfático al señalar:

“el legislador recordó que al interior del senado se encuentra el proyecto de ley que aumenta las sanciones al delito de abigeato, por lo cual se facilitará la investigación y la sanción para los delincuentes. Para García Ruminot, este es un tema de especial envergadura, principalmente porque de acuerdo a las cifras del año 2003 y 2004, las denuncias por abigeato crecieron en un 21,1% y en la novena región las cifras fueron aún más alarmantes aumentando en un 46,9%. En este contexto el 2003 hubo 3 mil 632 denuncias en todo el país y el 2004 en 3 mil 456 denuncias. Acerca de los últimos hechos conocidos en la región, García Ruminot, dijo que existe en la araucana [sic] verdaderas mafias organizadas que ganan altas sumas de dineros robando animales, situación que hace imprescindible establecer penas drásticas de hasta 20 años de cárcel...”⁵¹².

Asimismo, se puede rastrear ésta vinculación al efectuar un análisis sobre las distintas mociones que se realizaron desde los años ‘90 hacia delante y que terminaron, en definitiva, con la reforma del delito de abigeato.

Nº DE BOLETÍN Y FECHA	PARLAMENTARIOS	PROPUESTAS	ESTADO DEL CONFLICTO
Boletín N° 2369-07 de 20.07.1999.	Francisco Prat (RN-UDI), Sergio Romero (RN) y Rodolfo Stange (UDI)	<ul style="list-style-type: none"> • Nuevo párrafo con la totalidad de las disposiciones referidas al delito; • Incluir como posible objeto delito a las aves; • Presumir la autoría de quien sea sorprendido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas, maniatadas las especies, portando armas, herramientas o utensilios 	<ul style="list-style-type: none"> • En 1998 se comenzó la construcción de la represa RALCO, cuyos efectos en el movimiento social mapuche fueron particularmente intensos; y, • En 1999 se condena al amparo de la LSE a 7 mapuches por el incendio de 3

⁵¹² SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHLE. “Abigeato: senador **José García Ruminot solicita fiscal especial para sancionar abigeato**”. 24 de junio de 2005. [en línea] < www.senado.cl/prontus_ahorvath/site/artic/20050912/pags/20050912111926.html > [consulta: 30 de enero de 2008]

Nº DE BOLETÍN Y FECHA	PARLAMENTARIOS	PROPUESTAS	ESTADO DEL CONFLICTO
		normalmente utilizados en aquellas tareas; y, • Considerar como consumado el delito de abigeato desde su grado de tentativa.	camiones de la empresa Forestal Mininco.
Boletín N° 3038-07 de 05.09.2002	Gonzalo Uriarte (UDI), Rodrigo Álvarez (UDI), Marcelo Forni (UDI), Pablo Galilea (RN), René Manuel García (RN), Javier Hernández (UDI), Pablo Longueira (UDI), Patricio Melero (UDI), Ignacio Urrutia (UDI) y Gastón Von Muhlenbrock (UDI).	<ul style="list-style-type: none"> • Obligatoriedad del aumento de la pena en un grado; • Permitir, en la fase investigativa, el ingreso de la policía a un lugar que no sea morada sin orden judicial ni autorización de los propietarios, con el objeto de detener a los autores del delito si se comete <i>"in fraganti"</i>; y, • Se suprime la exigencia de citación para ratificación de las denuncias por abigeato. 	<ul style="list-style-type: none"> • Desde el 2000 se observa un aumento del resguardo policial a forestales y particulares; • En diciembre de 2001 se produce el conocido incendio del fundo Poluco Pidenco; • En el 2001 también comienza el mal llamado "caso de los lonkos" por asociación ilícita terrorista. • Se efectúa el requerimiento por infracción de la LCT contra Víctor Ancalaf y otros; • En definitiva, comienza la aplicación generalizada de la legislación más severa: la LCT; y, • El 7 de noviembre de 2002 es asesinado el joven comunero Alex Lemún
Boletín N° 3360-01 de 11.09.2003.	Claudio Andrade (UDI), Pablo Carrillo (RN), Javier Hernández (UDI), Fernando Meza (PRSD), Sergio Ojeda	<ul style="list-style-type: none"> • Exigir demostrar ante la autoridad la legítima procedencia de los animales cuando éstos se trasladan a través de guías de despacho, de modo que su ausencia pueda originar la detención por parte de la policía, 	<ul style="list-style-type: none"> • Queda al descubierto la existencia y funcionamiento del comando paramilitar "Hernán Trizano"; y, • Prosiguen los juicios bajo la LCT contra comuneros

Nº DE BOLETÍN Y FECHA	PARLAMENTARIOS	PROPUESTAS	ESTADO DEL CONFLICTO
	(DC), Jaime Quintana (PPD), Carlos Recondo (UDI), Alejandro Sepúlveda (DC), Gonzalo Uriarte (UDI) y Gastón Von Muhlenbrock (UDI).	<p>generándose de inmediato la presunción de autoría del delito;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comiso de vehículos e instrumentos empleados para la comisión del delito; • La policía podrá efectuar la detención al existir señales que originen sospechas de la participación en el delito, ya sea en relación a sí mismo, a sus vestimentas o los medios de transporte empleados. La detención podría realizarla cualquier persona con el objeto de interrumpir al responsable del delito (a diferencia de la institución de la flagrancia aquí sólo hay sospecha de la comisión); y, • En el caso de receptación se podrá realizar el comiso de todas las especies, sean producto o no del delito, de las que esté en poder el sujeto. Además, se aplicará el grado máximo de la pena correspondiente al delito. 	mapuches por el caso “Poluco-Pidenco”.
Boletín N° 3495-07 de 13.04.2004	Juan Bustos Ramírez (PS), Camilo Escalona (PS), Fidel Espinoza (PS), Juan Pablo Letelier (PS), Pedro Muñoz (PS) y Alejandro Navarro (PS-MAS).	<ul style="list-style-type: none"> • Entender el abigeato ya no como delito autónomo sino que como una agravación facultativa sobre las penas que correspondería aplicar a los delitos de robo y hurto sobre caballos, bestias, ganado mayor o menor; • Proporcionar una sanción preventiva ligada a un detrimento patrimonial para aquel que cometiese el delito; • Otorgar medios de prueba idóneos, como los peritajes, para determinar la participación punible del autor y generar, 	<ul style="list-style-type: none"> • En el marco del caso Poluco Pidenco se produce un nuevo juicio oral en contra de José Llanquileo. Es condenado por incendio calificado y no terrorista, pese a existir las mismas pruebas; • Es sobreseído definitivamente el mayor de carabineros que dio muerte a Alex Lemún; • Se dicta sentencia

Nº DE BOLETÍN Y FECHA	PARLAMENTARIOS	PROPUESTAS	ESTADO DEL CONFLICTO
		brevemente, la devolución de las especies; y, • Utilización de la pena privativa de libertad como último recurso al interior de un proceso por la comisión de abigeato.	absolutoria en el proceso seguido contra la CAM por asociación ilícita terrorista; y, • Se dicta sentencia condenatoria por el caso Poluco Pidenco.

Como se puede apreciar de la tabla recién expuesta, la gran mayoría de las modificaciones que se propusieron al delito de abigeato aumentaban las penas asociadas y, en general, agravaban el tratamiento sustantivo y procesal de delito de abigeato; y, por otro lado, coincidían con momentos en los que había recrudecido la violencia y la represión en la zona de la Araucanía.

De este modo y teniendo en consideración las altas cifras de formalización e investigación de este delito en la zona, es razonable pensar que las pretensiones en torno a la modificación de este delito tienen relación con la generación de herramientas legales que permitieran un **control jurídico “indirecto” del conflicto territorial**. A estos efectos es particularmente ilustrativo que constantemente se hayan intentado flexibilizar los requisitos para las detenciones y los registros domiciliarios, estableciendo requisitos absurdos para la realidad rural de nuestro país. Aún más, resulta llamativo que existiendo una gran cantidad de delitos que merecen de revisión y modificación se haya realizado en el abigeato, que ostenta de las menores cifras de comisión en el país⁵¹³.

Las nociones que se encontraban en los boletines indicados lograron tener éxito legislativo en el año 2006. En efecto, mediante la Ley N° 20.090 que sanciona con mayor rigor el abigeato y facilita su investigación, de 11 de enero de 2006, se realizaron las modificaciones fundamentales y que inciden tanto en el CP como en el CPP. En primer lugar, se introduce en el CP el nuevo párrafo 4 bis, titulado *Del Abigeato*, en donde se incluyen las disposiciones comunes a los delitos de hurto y robo, y que ahora se hacen también extensivas al abigeato. En segundo lugar, las penas son las mismas que las del hurto y robo, pero obligatoriamente aumentadas en un grado. Este aumento se aplica después de determinar la pena concreta que

⁵¹³ A modo de ejemplo, la Defensoría Penal Pública le asigna un 6,5% de comisión en el primer trimestre del 2009 a “otros delitos contra la propiedad”, dentro de los cuales se encuentra el abigeato, los daños simples y calificados, la receptación, entre otros. El tercer trimestre del 2008 estos delitos llegaron a su mayor porcentaje alcanzando un 7,4%. Cabe destacar, que estas cifras sólo se refieren a delitos atendidos por la Defensoría. En DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Informe Estadístico Trimestral. Período Enero-Marzo de 2009. Disponible en <http://www.defensoriapenal.cl/interior/estadisticas/2009/ene-marzo2009.pdf>. Visitado el 20 de agosto de 2009.

resulta para los autores y partícipes, y luego de realizar los aumentos o rebajas de pena que correspondan a las circunstancias agravantes y/o atenuantes.

En tercer lugar, el nuevo art. 448 *quater* consagra presunciones de autoría y dominio de las especies supuestamente sustraídas e impone a la Policía de Carabineros una serie de obligaciones tendientes a un control más efectivo del transporte de ganado en vehículos de carga. Así impone a Carabineros, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad⁵¹⁴, la obligación de exigir la guía de libre tránsito y la boleta, factura o guía de despacho con que se acredite el dominio, posesión o tenencia legítima de las especies. En el evento que el transportista no contará con los documentos mencionados o se negará a exhibirlos, se presume el abigeato y la Policía de Carabineros deberá incautar las especies transportadas y el medio de transporte, y dar aviso a la Fiscalía correspondiente y al Servicio de Impuestos Internos.

Finalmente, se modifica el Código Procesal Penal al ampliar los casos en los que se puede hacer ingreso a recintos cerrados sin orden y autorización, a tal punto que entrega a la discrecionalidad de los funcionarios policiales la facultad de hacer ingreso a las comunidades, dejándolos en una situación de desprotección sin comparación transformando así lo excepcional en ordinario y vulnerando derechos asegurados por la CPR a toda persona. En efecto, el actual inciso final del artículo 206 del Código Procesal Penal señala que “Tratándose del delito de abigeato, la policía podrá ingresar a los predios cuando existan indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho ilícito, siempre que las circunstancias hagan temer que la demora en obtener la autorización del propietario o del juez, en su caso, facilitará la concreción del mismo o la impunidad de sus hechos”.

Para ilustrar cómo se ha procedido en relación a las denuncias e investigaciones por este delito, se pueden señalar a modo ejemplar los siguientes casos:

- i. El 28 de agosto de 2006, en Nueva Imperial, en el marco de una investigación por la presunta comisión del delito de abigeato, la Policía de Carabineros concurrió a la comunidad de Bollilco Grande a efectos de efectuar un registro domiciliario en el domicilio del lonko de la comunidad, Juan Collihuín Catril, de 71 años. La versión oficial indica que Carabineros fue recibido con tiros a escopetas, situación que habría determinado y motivado el uso de armas de fuego por parte de los efectivos policiales. Como resultado se produjo el fallecimiento del Lonko y heridos a bala dos de sus hijos, quienes fueron formalizados por los delitos de porte ilegal de armas y homicidio frustrado en contra de carabineros⁵¹⁵, pues también

⁵¹⁴ Hasta antes de la modificación sólo se exigía la guía de libre tránsito, que es un documento extendido por las Municipalidades para fines de control sanitario

⁵¹⁵ Los dos heridos a bala, Juan y Emilio Collihuín Llanculaf, hijos de Juan Collihuín, de 44 y 36 años permanecieron internados en el Hospital de Temuco en calidad de detenidos por los delitos señalados. En

http://actualidad.terra.es/nacional/articulo/policia_mapuche_muerto_heridos_incidente_1057524.htm, visitado el 10 de agosto de 2009.

resultó herido un carabinero. Cabe señalar que el incidente se produjo al interior de la casa del comunero –que es también el lugar del deceso- en donde, al parecer, los miembros de las fuerzas policiales suponían se encontraban los animales.

A este respecto, el subsecretario del Interior, Felipe Harboe, calificó el incidente como un hecho “estrictamente policial” que no guarda relación con el conflicto mapuche⁵¹⁶, y el Diario Austral mostró en sus titulares: “Habla carabinero herido por cuatros”⁵¹⁷.

- ii. El 25 de agosto de 2006 efectivos de Carabineros ingresó a la comunidad de Temucuicui a raíz de una denuncia del afectado René Urban por el presunto robo de 22 cabezas de ganado. En el operativo se encontraban presentes el Fiscal del Ministerio Público de Collipulli, el denunciante con uno de sus hijos y una considerable cantidad de periodistas de medios de prensa local y nacional. Ese mismo día y momentos atrás, una comunidad vecina fue registrada y el dirigente del Consejo de Todas las Tierras, Aucán Huilcamán, embestido por un bus policial en uno de los caminos aledaños a la comunidad, produciéndosele daños a su vehículo.
- iii. El 23 de junio de 2007, aproximadamente a las 6:30 hrs ingreso al ex Fundo Alaska un gran contingente policial, quienes inspeccionaron completamente el fundo en busca de animales que supuestamente la comunidad había sustraído a particulares de la zona. Se retiraron aproximadamente unos 40 animales vacunos de diferentes familias, incluso de aquellas que aún no podían recuperar animales retirados por carabineros en registros anteriores.

Los animales fueron trasladados a un camino público cercano al fundo Montenegro, en el que fueron exhibidos los animales retirados para que los denunciantes –entre los que se encontraba René Urban- reconocieran a los animales que sostenían habían sido ilegítimamente sustraídos por la comunidad. Después que todos los particulares revisaron minuciosamente cada uno de los animales, constataron en presencia de los carabineros, que ninguno de los animales era de su propiedad, por lo que después de dos horas se practicó su devolución a los dueños de la comunidad, quienes habían llegado detrás de los animales.

- iv. El 15 de septiembre de 2007, alrededor de las 6:00 hrs y fundados en un supuesto abigeato, un gran contingente policial ingresó a la comunidad de Temucuicui a través del fundo Montenegro, y comenzó a trasladar animales desde la comunidad hacia la propiedad del latifundista René Urban.

⁵¹⁶ Véase, por ejemplo, <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=503>, visitado el 29 de agosto de 2009.

⁵¹⁷ Diario Austral, 31 de agosto de 2006.

En respuesta a esto un grupo de comuneros solicitó explicaciones a Carabineros, exigiendo se exhibiera la orden judicial y se entregaran los animales que se habían arreado. La respuesta de los uniformados fue increparlos mediante epítetos racistas y discriminatorios, la negativa a exhibir orden judicial y el uso de armas de fuego para alejar a los dirigentes. En relación a los animales, luego de reconocer que no eran los animales que buscaban, fueron soltados y arreados nuevamente a la comunidad.

Más tarde y –otra vez- sin exhibir orden judicial, Carabineros volvió a ingresar a la comunidad, redoblando el contingente y haciendo uso de armas de fuego. El incidente se extendió durante largas horas⁵¹⁸.

- v. El 31 de octubre de 2007, efectivos policiales de la Prefectura de Malleco de Carabineros de Chile, fuera del marco de un registro domiciliario, disparó a quemarropa perdigones de plomo a un menor de 13 años (P.Q.M) – perteneciente a la comunidad de Temucuicui, a quien acusaban de tener animales robados⁵¹⁹.
- vi. El 21 de junio de 2008, se efectuó un registro domiciliario, motivado por un presunto abigeato, en la casa de Lorenza Saravia, madre de Juan Patricio y Jaime Marileo Saravia, presos políticos mapuche que cumplen condena de diez años por el caso Poluco Pidenco, todos de la comunidad de José Guiñón. En este procedimiento, resultaron heridos con lesiones graves dos menores de edad, Jorge Mariman Loncomilla (17 años) quien sufrió una fractura en el brazo derecho y el alojamiento de balines de plomo en los pies; y Luis Marileo Cariqueo (16 años), el que presentó una fractura en el rostro⁵²⁰.
- vii. El 22 de junio de 2008, se efectuó un registro domiciliario sobre la comunidad de Temucuicui motivado por un presunto abigeato. Preguntado el Prefecto General de Zona de carabineros sobre el operativo, insistió en que se trata de hechos delictuales comunes sin vinculación con una especial animadversión contra las comunidades. En efecto, señaló: "... es un procedimiento policial, es un tema de robo de animales, a raíz de un robo de un animal se produce una situación, que se produce en cualquier parte...yo trabajé en poblaciones en Santiago (Juanita Aguirre)... si venía el radio patrulla los agarraban a piedrazas...exactamente lo mismo (que ocurre en las comunidades), aquí pasan cosas delincuenciales ... y quieren impedirse que se lleven detenido al que se robó la vaca, al que roba el animal, al que

⁵¹⁸ AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; ORELLANA, Carolina. Violencia en la Araucanía. Investigación prospectiva sobre comunidades Mapuches de la IX Región. Período 2006-2008. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Depto. Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009, p. 87.

⁵¹⁹ Entrevista sostenida con el menor P.Q.M. en la localidad de Temucuicui. 16 de noviembre 2007. Entrevista sostenida con el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas el 15 de noviembre 2007, ONG que presentó un recurso de protección a favor del menor por parte de esta ONG.

⁵²⁰ AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; ORELLANA, Carolina. Op. cit., p. 43.

roba la madera, eso es lo que pasa”⁵²¹.

- viii. El 4 de diciembre de 2008 a las 9 AM, se realizó, en los cerros del ex Fundo Alaska, un operativo a cargo de la PDI. En dicho lugar se encontraba el menor de edad Patricio Queipul quien cuidaba de sus animales. Los efectivos, al encontrarse con el menor, proceden a rodearlo y reducirlo entre insultos y golpes, al tiempo que lo apuntaban con sus armas de servicio. Posteriormente es conducido descalzo a un carro policial, y retirado del lugar. En la ocasión también es detenido su primo Adrián Queipul, de 16 años, siendo este último liberado alrededor de las 18.00 horas.

Aproximadamente a las 19:00 hrs de ese día, la comunidad toma conocimiento de los hechos por el testimonio de Adrián Queipul y, por tanto, deciden comunicarse con el Comisario Romero de la PDI de Angol, quién manifestó que era efectivo que se desplegó un procedimiento en Temucuicui, pero que estuvo a cargo de la PDI de la ciudad de Traiguén. Se comunican con la PDI de Traiguén, donde el detective Pablo Cid confirmó que se había detenido al niño, pero que había sido trasladado a la ciudad de Victoria. Luego de reiteradas llamadas, la PDI de Victoria les informa que el menor había sido liberado, sin explicar la razón de la detención ni tampoco el lugar de su liberación.

El menor apareció varios días después en su comunidad, exhausto, y en muy malas condiciones de salud.

La Fiscalía, cuando es consultada por el procedimiento, aclara que nunca le indicaron a la PDI que detuviesen e interrogasen al niño⁵²².

- ix. El 13 de julio de 2009, un fuerte contingente de miembros de fuerzas especiales de Carabineros, funcionarios de la PDI y civiles, quienes se encontraban fuertemente armados, movilizados en distintos tipos de vehículos y montados a caballo, ingresaron por varios sectores a la comunidad de Temucuicui, calculándose aproximadamente en 200 el número de efectivos policiales. Según el relato de comuneros en ningún momento se explicaron las razones del operativo ni se exhibió orden judicial, sino que de inmediato se procedió a hacer ingreso a los hogares destruyendo los enseres y golpeando a hombres, mujeres y niños. Es más, violentamente se detuvo al menor de edad Patricio Queipul a quien procedieron a interrogar sobre la presencia de personas extrañas a la comunidad y la existencia de armas⁵²³.

⁵²¹ Entrevista Prefecto General de Zona de Carabineros IX Región de la Araucanía, 24 de junio 2008.

⁵²² AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; ORELLANA, Carolina. Op. cit., p. 91.

⁵²³ En www.mapuexpress.net/?act=news&id=4333SSID=61b009ff128abe06841dcec290b46951, visitado el 20 de noviembre de 2009.

Como se puede apreciar, la comunidad de Temucuicui ha sido particularmente afectada por los registros domiciliarios, comúnmente motivados a causa de investigaciones por presuntos abigeatos y la gran mayoría en busca de prófugos de la justicia. Cabe destacar en este sentido, que algunos se han realizado con orden judicial y otro no en la medida en que en virtud de los artículos 83, 129, 130 y 206 del CPP se encuentran autorizados para realizar registros domiciliarios en caso de flagrancia.

CAPÍTULO V: LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y SU ADECUACIÓN O INADECUACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tal como indicábamos en el capítulo anterior, el ejercicio de los derechos territoriales por parte de los pueblos originarios constituye conforme a la legislación penal un delito de usurpación toda vez que se realiza una ocupación de territorios actualmente poseídos mayoritariamente por privados no indígenas⁵²⁴. En este capítulo abordaremos cómo el ejercicio de este derecho se ha ido transformando en un factor criminógeno favorable a la comisión de hechos violatorios a derechos humanos individuales y colectivos, a pesar de existir consideraciones relativas a la costumbre indígena en los fallos que únicamente se refieren a esta clase de delitos.

Sin embargo, como se verá en adelante, una cosa es la calificación y eventual exención de responsabilidad penal de comuneros por estas ilegales ocupaciones de territorio y otra cosa es lo que sucede en el marco de las mismas –como también en otros hechos relacionados con la demanda territorial- como consecuencia de la aplicación de una normativa procesal penal especialmente poco garantista contenida en la Ley de Conductas Terroristas y en la legislación penal común.

I. LAS OCUPACIONES DE TERRITORIO Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Como hemos adelantado, cuando los mapuche han realizado ingreso y ocupación de sus territorios ancestrales se ha desplegado no sólo una importante reacción policial sino que también judicial. En efecto, tanto particulares como Fiscales han acudido a los Tribunales de Justicia en el entendido que se estaría cometiendo el delito de usurpación –violenta o no- y, en los casos en que hubiera una sentencia condenatoria anterior por este delito, el de desacato al incumplir la resolución judicial de prohibición de ingreso al predio.

El artículo 457 del CP tipifica la usurpación violenta al prescribir que *“Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”*. Por su parte, el artículo 458 del CP indica que *“Cuando, en los casos del inciso primero del artículo anterior, el hecho se llevare a efecto sin violencia en las personas, la pena será multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”*.

⁵²⁴ Excepcionalmente, los terrenos se encuentran en manos del Estado. Así, por ejemplo, Makewe (Temuco) en donde un terreno reclamado como territorio ancestral es ocupado por las Fuerzas Armadas.

Ahora bien, los Tribunales de Justicia al conocer de la supuesta comisión del delito de usurpación – y de desacato, cuando corresponde- en el marco del conflicto territorial han recurrido al error de prohibición para configurar una exención de responsabilidad penal basada en el ejercicio de un derecho. Aún más, los tribunales han estimado que en los imputados no sólo concurre un error en la antijuricidad de la conducta, toda vez que existiría en ellos la convicción de que los predios les pertenecen por constituir territorio ancestral, sino que asimismo concurriría una causal de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho.

Así por ejemplo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazando un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público ha indicado que:

“si bien éste (el imputado) ha incurrido en un acto típico y antijurídico, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1° del Código Penal, este actuar no es culpable, éste incurre en error en cuanto a la licitud de su actuar, atendida específicamente el medio de vida y las condiciones en que se producen los hechos. En ese contexto estima que el imputado jamás pudo representarse la ilicitud de su conducta. Explica claramente circunstancias personales del requerido tales como que su familia ya se encontraba en ese lugar en donde se encuentra el aserradero, que sus antepasados ocuparon esas tierras mucho antes de 1912 cuando el Estado de Chile inscribió esas tierras como suyas...”⁵²⁵

En este mismo sentido, el Tribunal Oral en Lo Penal de Villarica, en sentencia “confirmada” por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, indica :

“Que, estos hechos contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público y el querellante particular, no constituyen el delito de desacato previsto y sancionado en el Art. 240 del Código de Procedimiento Civil, ya que no existe un elemento esencial en ellos, para hacerlos reprochables, como es la culpabilidad, o sea, la representación por parte del acusado que la circunstancia de haber reingresado al lugar, desde que había sido lanzado por una orden judicial, constituye un delito. Por que en todo su actuar lo realizó con el convencimiento absoluto de que sus acciones estaban amparadas por los derechos hereditarios quedados al fallecimiento de su bisabuelo don Juan Cea o Juan Cea Mora (...) que el enjuiciado creía ser dueño del bien y se comportaba como tal, y por lo ultimo el informe antropológico que indica la gran importancia que da el pueblo mapuche a la tierra, tanto para su desarrollo cultural como para su idiosincrasia, lo que se

⁵²⁵ SCA de Puerto Montt, 13-06-2008, rol N° 92-2008, caratulada “C/ José Benavides Zúñiga Carimoney”.

encuentra reflejado en el texto positivo en los artículos 1 y 54 inciso tercero de la ley 19.253. en consecuencia, el acusado incurrió en un error de prohibición, esto es, actuó creyendo equivocadamente, por error inevitable, que se encontraba amparado en la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, por ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta, por los que debe entenderse que su actuación en el hecho del juicio, con ser una acción típica y antijurídica, no es culpable toda vez que falta el elemento de la conciencia de la ilicitud de su proceder; lo que en la especie, en relación con lo obrado por el acusado no se dio, por lo que al no existir la culpabilidad, componente aquella de esta, no hay delito⁵²⁶”.

Este reconocimiento en orden a que se está ejerciendo legítimamente un derecho no es unánime –aunque al parecer mayoritario- en nuestra jurisprudencia. En efecto, los tribunales han esgrimido la *renuente y pertinaz conducta de los encausados*⁵²⁷ o la *inconmensurabilidad de las cuestiones histórico-antropológicas con las propiamente jurídicas*⁵²⁸ para negar la concurrencia de una exención de responsabilidad penal basada en una causal de justificación o error de prohibición.

II. CONTROLES DE IDENTIDAD Y EL PANÓPTICO

Los controles de identidad si bien son un mecanismo procesal establecido de manera general para toda clase de delitos (artículos 85 y 86 del CPP), se producen con inusitada frecuencia al interior del las zonas en conflicto y, en particular, en algunas comunidades como *Temucuicui*⁵²⁹.

Es que ha sido una política de Estado mantener importantes contingentes policiales en las comunidades que entienden son más conflictivas, aduciendo para justificar dichas dotaciones la alta probabilidad en la comisión de delitos o de desordenes públicos⁵³⁰. Esta situación se ha traducido en una vigilancia policial permanente en los territorios en conflicto y se aproxima peligrosamente al modelo panóptico esbozado al inicio de este informe.

⁵²⁶ S.TOP Villarrica, de 11-06-2004, RIT N° 41-2004, caratulada “C/ Raúl López Cea”. Se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en S.C.A. de Temuco, 26-04-2007, rol N° 398-2007.

⁵²⁷ SCS, 8-01-2009, rol N° 753-2002, caratulada “C/ José Nain Quirilao y otros”.

⁵²⁸ STOP de Temuco, 14-06-2002, RIT N° 19-2002, caratulada “C/ Héctor Canio Quidel”.

⁵²⁹ Esta situación ha sido permanentemente denunciada por las comunidades afectadas. Por ejemplo, en <http://meli.mapuches.org/spip.php?article379>, visitada el 4 de enero de 2010; <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=2402>, visitado el 4 de enero de 2010; <http://meli.mapuches.org/spip.php?article523>, visitado el 10 de enero de 2010; entre muchos otros.

⁵³⁰ En efecto, por ejemplo, el prefecto [s] de Carabineros de Malleco, teniente coronel Millán Allende, justifica la presencia policial permanente “a fin de evitar el rebrote de focos de violencia principalmente al interior de comunidades indígenas, que mantienen conflictos territoriales”. En <http://meli.mapuches.org/spip.php?article379>, visitado el 4 de enero de 2010.

Asimismo, esta presencia policial permanente en las comunidades se traduce en una situación fáctica en la que los controles de identidad a los comuneros tienen una particular frecuencia. Ahora bien, más allá de los efectos psicosociales –y que se revisarán más adelante- de esta situación, existen una serie de elementos de análisis que se pueden obtener desde el análisis propiamente jurídico.

En efecto, el control de identidad exige –como se puede desprender de su regulación legal- un estándar de justificación. Deben existir, por ejemplo, indicios que se ha cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; que se dispone a cometerlo; que el sujeto puede entregar información útil para la indagación de un acto ilícito; o, que dicha persona está siendo buscada por órdenes de la justicia. Por mandato constitucional y en virtud de los principios generales del derecho penal, dichos indicios deben fundarse en las circunstancias concretas de la conducta del sujeto y nunca en consideraciones sobre su aspecto, origen, domicilio, etnia o cualquier otra consideración de carácter personal.

Así las cosas, la constante presencia de funcionarios policiales y de controles de identidad a los comuneros mapuche implica que se presume de tales personas un estatuto especial ligado a la criminalidad. De nuevo, parece que mapuche y delincuente, mapuche y terrorista, mapuche y no persona son sinónimos.

Por ejemplo, en la comunidad de Temucucui desde el 20 de abril de 2007 –y por varios días- se instala *“un gran contingente policial al interior de la comunidad, los cuales registraron y controlaron a todos sus miembros impidiendo el libre tránsito de las personas que circulan diariamente por los caminos interiores debido a denuncias por parte de la policía que custodia el predio del particular René Urban. Éstos comunicaron que habrían sufrido un ataque de parte de encapuchados que supuestamente serían de la comunidad”*⁵³¹.

Por otro lado, comuneros señalan la presencia ya no sólo de contingentes de funcionarios policiales uniformados sino que también de civiles que aducirían pertenecer a cuerpos de policía. Así, por ejemplo, en la comunidad de Pitrelawe indican que: *“Hay inteligencia. Hay una camioneta que recorre, es una blanca”, “Con civiles”*. Preguntados a qué se refieren con “inteligencia” responden: *“A que andan grabando, andan preguntando todo, qué gente entra, qué auto, por ejemplo auto que entra le toman la patente, persona que viene se sabe que, entonces esos no son carabineros común, carabineros no tienen esa función...andan confirmando, es decir, cuando graban las casas, graban las personas, o sea, todo”*⁵³².

⁵³¹ AMAYA, Romina; ARANGUIZ Julia; LEPE, José, ORELLANA, Carolina. **Violencia en la Araucanía: Investigación prospectiva sobre comunidades Mapuches de la IX región. Período 2006-2008**. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Depto. Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, septiembre de 2008, p. 85

⁵³² Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. op. cit., p. 208.

III. DELITOS POR LOS CUALES MÁS INGRESAN AL SISTEMA

Como hemos revisado, el ingreso de comuneros mapuche al sistema judicial ha fluctuado entre la aplicación de la LCT, LSE y la legislación penal común. Las diferencias entre la aplicación de una u otra legislación son de tal entidad que merecen un análisis separado.

1. La legislación penal común

Encuestados la mayoría de los principales actores institucionales involucrados en el conflicto sobre la mayor y menor frecuencia en relación a las denuncias, pudimos obtener que la Policía de Carabineros indica que los delitos contra la propiedad (incendios, estragos sin peligro para las personas) y las amenazas son las que fundan la mayoría de las denuncias; por su parte, el Ministerio Público señaló que serían los delitos contra la vida o la integridad física y los delitos contra la propiedad (incendios y estragos con o sin peligro para las personas); y, la Defensoría Penal que serían los delitos contra la vida o integridad física, contra la propiedad (incendios, estragos con peligro para las personas), los abigeatos y las amenazas. De esta forma, si bien existen disparidades en relación a las respuestas –y que están inevitablemente influenciadas por el rol institucional que desempeñan- se puede concluir que los delitos contra la propiedad como el incendio sin peligro para las personas, los abigeatos y las amenazas son los que motivan la gran mayoría de las denuncias⁵³³.

Por otro lado, se realizó una pregunta similar a comuneros, resultando que, a diferencias de los operadores institucionales, estiman que los incendios sin y con peligro para las personas son los que motivan la mayoría de las denuncias y que los delitos contra la vida y la integridad física, la usurpación y los hurtos también tienen un rol importante⁵³⁴. La diferencia que se puede observar si se comparan los resultados con aquellos arrojados en relación a los actores institucionales puede tener distintas explicaciones, una de ellas es el desconocimiento de los comuneros en relación a los delitos por los cuales se realizan los registros domiciliarios o se inician los procesos judiciales o simplemente su despreocupación por cuanto parece serles más relevante el hecho que siempre se les denuncia e inician diligencias policiales que las razones jurídicas que hay detrás.

⁵³³ Entrevistas realizadas en noviembre de 2007. Para mayor información véase Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit., pp. 193-195.

⁵³⁴ Entrevistas realizadas en noviembre de 2007. Para mayor información véase Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit., p. 195.

Ahora bien en relación a la frecuencia de las denuncias, más que el delito en concreto por el cual se inicia el proceso llama la atención que, por ejemplo, en la comunidad de Temucuicui la cantidad de denuncias es muy alta, situación que no se condice con procesos que lleguen a su término por condenas, o incluso salidas alternativas. Las denuncias realizadas acarrearán numerosos registros domiciliarios y otros procedimientos policiales, con detenidos, e incluso formalizados, no obstante los procesos, por regla general, no llegan a término, se sobreseen por diversas razones, la mayoría de las cuales por no haberse podido acreditar la participación de los detenidos en los delitos imputados.

En efecto, según los datos arrojados por un estudio realizado en la IX región durante el período 2006 a 2008 la situación es como sigue⁵³⁵:

ESTADO	NÚMERO DE CAUSAS	PORCENTAJE
No perseverar	16	7,47%
Principio de oportunidad	33	15,42%
Suspensión condicional del procedimiento	65	30,37%
Acuerdo reparatorio	9	4,2%
Sobreseimiento temporal	6	2,8%
Sobreseimiento definitivo	12	5,6%
Sentencia condenatoria	52	24,29%
Sentencia absolutoria	6	2,8%
En proceso	15	7%
TOTAL	214	100%

Así las cosas, **sólo un 25% de los procesos iniciados en la IX región contra comuneros mapuche resultan en una condena.**

En relación a la comunidad de Temucuicui se puede sostener que de un total de 18 procesos **sólo un 5,5% -esto es 1 causa- resultó con sentencia condenatoria**, tal como se gráfica en el siguiente cuadro⁵³⁶:

ESTADO	NÚMERO DE CAUSAS	PORCENTAJE
No perseverar	3	16,66%
Principio de oportunidad	0	0%
Suspensión condicional del procedimiento	0	0%
Acuerdo reparatorio	0	0%
Sobreseimiento temporal	2	11,11%
Sobreseimiento definitivo	0	0%

⁵³⁵ AMAYA, Romina; ARANGUIZ Julia; LEPE, José, ORELLANA, Carolina. Op. cit., p. 138-177.

⁵³⁶ AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; y ORELLANA, Carolina. Op. cit., p. 178-195.

Sentencia condenatoria	1	5,5%
Sentencia absolutoria	1	5,5%
En proceso	11	61,11%
TOTAL	18	100%

A estos mismos efectos, el 2006 y según da cuenta la solicitud de remoción al fiscal de la Araucanía, el Sr. René Urban, quien tiene disputa de territorio con la comunidad de Temucuicui, habría denunciado veinte atentados en su contra, cometidos entre noviembre de 2002 y octubre de 2006, habiendo fracasado la investigación en todos ellos al no haber encontrado responsables, o no haberse podido probar la participación de los detenidos en varias de ellas.

La percepción de los comuneros de Temucuicui -que coincide con las cifras que se han obtenido- es que existe un hostigamiento hacia su comunidad. Uno de ellos señaló: “tengo un total de diez procesos que están en proceso, investigativo y todo... tengo dos juicios que se me vienen, mi hermano lo mismo... en total diez u ocho procesos cada uno”⁵³⁷.

Otro comunero señaló: “estamos citados a tribunales semanalmente. Eso genera gastos económicos en la comunidad que muchas veces no hay en la comunidad ni en la gente... la justicia funciona como al desgaste de las personas... la mayor de las veces le gente termina por no ir a reiteradas audiencias que se les citan, al no ir inmediatamente emanan ordenes de detenciones, y al emanarse órdenes de detenciones se sabe que hay un allanamiento detrás”⁵³⁸.

En relación a esto, la Defensoría Mapuche señala que generalmente el 100% de los detenidos son formalizados, que las condenas no llegan “ni a la mitad”, que los sobreseimientos alcanzan aproximadamente a un 30%, y las salidas alternativas a un 40%⁵³⁹.

En suma, tanto los datos entregados por la Defensoría Mapuche como aquellos expuestos en el estudio citado indican que existe una alta tasa de denuncia y bajísimas tasas de condena. Si se le adiciona la violencia policial que se constata en los registros domiciliarios, resulta que parece existir una suerte de animadversión en contra de los comuneros mapuche y, en especial, contra los de Temucuicui.

⁵³⁷ Entrevista a werken comunidad de Temucuicui. Noviembre 2007. Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit. p. 252.

⁵³⁸ Entrevista a werken comunidad de Temucuicui. Noviembre 2007. Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit, p. 196.

⁵³⁹ Entrevista a defensor penal de la Defensoría Mapuche. Temuco. Noviembre 2007.

2. La Ley de Conductas Terroristas

El inicio de los procesos al amparo de esta legislación de excepción, como hemos revisado, implica una decisión política por parte del Gobierno y los órganos de persecución penal como también un agravamiento generalizado del tratamiento procesal y penal de los imputados.

La gran mayoría de los procesos que se han iniciado o que se encuentran finalizados a la fecha se han configurado mediante la adjudicación del carácter terrorista a los delitos de incendio, asociación ilícita y lanzamiento de artefactos explosivos. Así, de hecho, lo demuestran los casos más emblemáticos: el incendio del fundo Poluco-Pidenco, el caso de Víctor Ancalaf, el caso de los Lonkos (mal denominado por ser imputada, además, Patricia Troncoso quien no reviste tal calidad), el del Bypass de Temuco, entre otros.

En la actualidad y luego del breve intersticio en el que se dejó de aplicar la LCT al conflicto territorial, el ingreso de comuneros mapuche al proceso judicial al amparo de esta legislación ha ido en un alarmante y exponencial aumento. Lamentablemente, el recuento de los formalizados al amparo de esta legislación no ha sido posible por cuanto no existen informaciones institucionales en este sentido. Si se sabe que a octubre de 2009 se encontraban formalizados los siguientes comuneros: **Fénix Delgado**, estudiante de antropología UCT, por el delito de incendio terrorista frustrado; **Jonathan Vega**, estudiante de antropología UCT, por el delito de incendio terrorista frustrado; **Rodrigo Huechipan**, estudiante de antropología UCT, por el delito de incendio terrorista frustrado; **Mauricio Huaquilao**, por los delitos de incendio terrorista, incendio simple, homicidio frustrado y amenazas; **Miguel Tapia Huenulef**, por los delitos de ataque incendiario y lesiones terroristas; **Andrés Gutiérrez Coña**; **Edgardo Hernández Lucero**, por atentados con bombas cometidos; **cuatro comuneros mapuche de Tirúa** en el marco del ataque al Fiscal Elgueta; **José Lepicheo**. Comunidad Pascual Coña; **Sergio Marcial Catrilaf Marilef**; **Sergio David Huinca Huinca**; **Claudio Andrés Sánchez Blanco**; **José Sergio Tralcal Coche**; **Ignacio Alejandro Tralcal Lleuful**; **Marcos Millanao Mariñan**; **José Queipul Hueiquil**.

Sin perjuicio de este recuento, sabemos que a la fecha son muchos más que estos 20 comuneros mapuche los que se encuentra procesados por infracción a la Ley de Conductas Terroristas y que, en consecuencia, se encuentran probablemente privados de libertad (prisión preventiva) y a la espera de afrontar un proceso en el que la igualdad de las partes no es un derecho, dadas las restricciones que contempla la LCT y que afectan directamente a los imputados.

IV. ENTRADA Y REGISTROS DOMICILIARIOS

Los registros domiciliarios, coloquialmente denominados “allanamientos”, se encuentran regulados legalmente en los artículos 204 a 214 del CPP. Dentro de

dicha regulación cabe destacar que la regla general es que se requiera de orden judicial para efectuar el registro, a excepción de los casos de flagrancia (situación que, como se vio, fue especialmente extendida para el delito de abigeato).

En relación a esta exigencia, la policía de carabineros indica que los únicos casos en los que se ha ingresado a comunidades sin orden judicial previa es cuando ha existido la evidencia de estarse cometiendo un delito flagrante, de tal forma que han cumplido con las exigencias legales al respecto. Por otro lado, relatan que cuando han hecho el registro en base a una orden judicial previa ha sido en busca de prófugos de la justicia o de armas y, en otros casos, por denuncias de particulares⁵⁴⁰.

En cualquier caso, la frecuencia con la que se realizan los registros domiciliarios en las comunidades mapuche, especialmente en la de Temucuicui⁵⁴¹, induce a sostener una cierta sistematicidad de los mismos, la que se vuelve especialmente grave al considerar el uso excesivo de la fuerza por parte de Carabineros en la realización de estos registros.

En efecto, tanto en las entrevistas a comuneros como en los comunicados de las comunidades es usual encontrar descripciones del uso excesivo de la fuerza por parte de Carabineros y que terminan con resultados de lesiones a mujeres, niños y ancianos –sin contar a la de los comuneros varones que es especialmente intensa-, vejaciones, destrozo de enseres domésticos, cercos y viviendas. Esta situación se repite al interior de otras comunidades, en las cuales incluso se ha producido la muerte de comuneros mapuche (Juan Collihuín, Alex Lemún, Matías Catrileo y José Mendoza Collio)

Así por ejemplo, obsérvese un registro domiciliario efectuado el 25 de agosto de 2006 a la comunidad de Temucuicui. En éste un gran contingente policial hizo ingreso a la comunidad producto de una denuncia por abigeato de parte del agricultor René Urban: *“Carabineros comenzó a disparar indiscriminadamente en contra de los niños y mujeres que estaban en la reunión. Estoy verdaderamente sorprendido por el descontrol de carabineros en contra de todas las personas que se movilizaban al interior de la comunidad, incluso persiguieron e ingresaron hasta los patios de las viviendas de las familias Mapuche, disparando bombas lacrimógenas, perdigones y balines en contra de todas las personas que se movilizaban en sus domicilios”*⁵⁴².

⁵⁴⁰ Información extraída de un documento inédito y sin publicar del Observatorio Ciudadano, denominado “La Ley Antiterrorista y su aplicación en Chile”.

⁵⁴¹ Entrevistas con defensores penales públicos, Santiago, noviembre de 2007; AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; y ORELLANA, Carolina. *Op. cit.*, p. 74-88.

⁵⁴² Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas; “Minuta de hechos de violencia policial ocurridos en comunidades mapuche en el 2006” investigaciones por el delito de abigeato En http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/doc7/minuta_violencia.doc, visitado el 15 de diciembre de 2009.

En otro caso una comunera señala que en un registro domiciliario realizado en Temucuicui y en el que buscaban a su marido: *“Entraron a la casa diciéndome que adonde estaba mi marido... me decían ‘india’... la sacan para afuera a una, trajinando todo, dan vuelta toda la casa, buscando si había armas”*. Asimismo, ante la pregunta si se encontraban presente niños al momento de efectuarse el procedimiento, indica que: *“sí, la Millaray estaba, estaba enfermita y la sacaron así de la cama, estaba enferma, con fiebre”*.⁵⁴³

La práctica policial se ha volcado hacia el cuerpo del mapuche a través del uso excesivo de fuerza policial, golpes de puño, patadas, golpes de culatas de fusiles. Pero no solo en el cuerpo mismo, sino en lo que nutre al cuerpo: es frecuente que les arrojen al suelo las ollas con comida, destrocen sacos de harina, etc.

Así, una mujer de la comunidad de Temucuicui -de aproximadamente 75 años-, madre de siete hijos, cinco de los cuales habían sido formalizados por algún delito, relató que carabineros se presentó en su domicilio en busca de uno de sus hijos, en un número tal que no podía contarlos, que *“entraron por las ventanas”, “me botaron los sacos de harina al suelo” y “me sacaron para afuera y me amarraron a una estaca”*. La anciana, encontrándose esposada, habría caído al suelo producto de un desmayo, situación que Carabineros enfrentó arrojándole un balde de agua fría para que reaccionara⁵⁴⁴.

Otro comunero cuenta que *“me golpearon en el talón en los pie, con palos, me sacaron a la rastra, mi señora y los niños vieron.”*⁵⁴⁵

Más actualmente, el viernes 16 de octubre de 2009, integrantes de la comunidad Temucuicui se encontraban reunidos en la escuela rural de esa comunidad con funcionarios de CONAF afinando los detalles sobre una operación que se enmarcaba en el programa “Empleo Indígena” y que resultaría en la contratación de varios miembros de esa comunidad. Aproximadamente a las 14:00 hrs ingresó un gran contingente policial lanzando bombas lacrimógenas y disparando balines de goma y perdigones de plomo contra comuneros, ancianos y niños que se encontraban en ese momento en clases. El resultado del operativo, que duró entre 30 y 40 minutos, fue un lactante y varios niños -aproximadamente 13- en estado de asfixia e intoxicación por la gran presencia de gas lacrimógeno, y un gran número de mujeres y comuneros con impactos de perdigones de plomo en el cuerpo. Además, fueron detenidos el longko y otros miembros de la comunidad, quienes fueron duramente golpeados tanto durante el operativo como en la comisaría de Collipulli. Simultáneamente, en otra comunidad, se realizaba un operativo en el que resultaron heridos y detenidos el longko de la comunidad, su

⁵⁴³ Entrevista a comunera de comunidad Temucuicui. Noviembre 2007. Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit, p. 204.

⁵⁴⁴ Entrevista a mujer mapuche. Comunidad de Temucuicui. Realizada en el marco de la Mision Internacional de Observación de Derechos de los Pueblos Indígenas. Organizada por el Observatorio de pueblos indígenas. 27, 28 y 29 Enero de 2007.

⁵⁴⁵ Entrevista a comunero, comunidad de Temucuicui. Noviembre 2007. Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit, p. 205.

hijo de 13 años, 2 comuneros y la machi quién fue golpeada y atada de manos y pies frente a niños y otros comuneros⁵⁴⁶.

En este mismo sentido, se inscribe el uso indiscriminado de bombas lacrimógenas al interior de las comunidades como un elemento usual en los procedimientos policiales toda vez que tiene la característica de ser un mecanismo disuasivo masivo que afecta el cuerpo, buscando su “anulación”.

En el contexto de estos registros domiciliarios también se afecta al cuerpo social, destruyendo o agravando elementos simbólicos culturales. Por ejemplo, la violación del Rewe⁵⁴⁷, sitio ceremonial sagrado, que durante los allanamientos es “pisado” sin justificación ni sentido por carabineros. En años anteriores en otra comunidad y durante un allanamiento, carabineros le arrebató el *Kultrún* a la *machi* (médica) con lo cual la priva de uno de los elementos con los cuales supuestamente puede ejercer poder de sanción⁵⁴⁸.

Otro caso que demuestra claramente la violencia policial y esta afectación del cuerpo social se produjo el viernes 16 de octubre de 2009, en la comunidad José Guiñón Pidima, de Ercilla, en donde la policía uniformada en un registro domiciliario –con el objeto de detener al lonco José Cariqueo, a su hijo Matías de 13 años y a 2 comuneros más- se ató a la machi Adriana Loncomilla en medio del llanto de sus hijos, dejándola amarrada aún después de que se retiraron⁵⁴⁹.

Los niños son también objeto de la violencia policial. Paradigmático es el caso de un menor de 13 años (P.Q.) que, en noviembre de 2007, fue objeto de un ataque por parte de Carabineros que se encontraban investigando un presunto abigeato en la zona. Los funcionarios policiales, cometiendo un error, comenzaron a trasladar los animales de la familia del menor por lo que éste les siguió, y al encontrarse en el camino Carabineros insultó al menor, para luego dispararle con una escopeta de perdigones a escasos metros de distancia. El menor quedó herido con siete perdigones que impactaron en su pecho, estomago, piernas y manos. Luego de quedar herido carabineros no le prestó ayuda. Ante la pregunta respecto a si sabe por qué le dispararon responde:

“No sé...iba uno en la camioneta que iba primero llevaba un carabiniero atrás, ese fue el que me disparo a mí...yo me corrí pa que pasaran y ahí me disparó...me insultaron... a mi ya me conocían ya los carabineros...”. Se le pregunta que

⁵⁴⁶ Véase www.theclinic.cl/2009/10/17/allanamiento-en-temucucui-7-ninos-baleados-ante-testigo-de-conaf o http://latercera.com/contenido/680_192607_9.shtml, ambas visitadas el 28 de noviembre de 2009.

⁵⁴⁷ Entrevistas a la comunidad Juan Catrileo. Noviembre 2007. Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit, p. 207.

⁵⁴⁸ Informe diagnóstico y de Intervención Comunidad cacique José Guiñón- Ercilla. Servicio de Salud Araucanía Norte, 2004.

⁵⁴⁹ Relato y fotografías disponibles en <http://www.radiobiobio.cl/2009/10/20/carabineros-deja-a-machi-atada-frente-a-sus-hijos-durante-allanamiento-en-ercilla/>, visitada el 23 de noviembre de 2009.

hicieron los carabineros y responde que nada, que le dejaron tirado en el camino y que llegó caminando solo a su casa, que hubo de caminar herido a través del cerro⁵⁵⁰.

Este menor perteneciente a una familia de dirigentes, no era la primera vez que sufría un ataque. Refiriéndose a una vez anterior señala *“Yo llegué y me retaron los carabineros... me trataron mal. Me sacaron la madre... ustedes tienen los animales robados... vamo a ver le dije yo...de ahí llego Rene Urban... me llamó el capitán de ahí le preguntaron a René Urban si acaso reconocía a alguno de los animales que tenían ahí y el decía que no...”*⁵⁵¹

El werken de la comunidad de Temucuicui es particularmente enfático al relatar la afectación que producen los registros domiciliarios en los niños: *“Como se sentiría Ud. cuando las quince veces que allanaron la comunidad, las 15 veces sacaban a los niños aquí, a los niñitos los sacaban aquí a las 5 a las 6 de la mañana, tirándolos, sacaban a mi hija, a los hijos de Jaime que está preso, Jaime que era al que más buscaban aquí en la comunidad, a la señora que salió y ¿cómo quedan esos niñitos? ...Tienen terror, tienen miedo... nuestros hijos no pueden crecer así, que son humillados, que son mirados sabiendo que son mirados poco menos que cualquier cosa, sabiendo lo que significa el racismo a ellos... cuando yo estuve preso mi hija era presidenta de curso de Kinder, y ella siempre hablaba de mi, bueno porque yo soy su papá, “y tu papá porque no vino a reunión”, sabe por qué no viene, porque está preso, porque los pacos lo fueron a buscar y lo tienen preso, en kinder hablando así, entonces yo no quiero que mi hija, con ese estigma de decir yo soy mapuche, aquí me discriminan, hay un racismo hacia mí y por el hecho de que mi papá por reclamar estas tierras, yo no quiero esta discriminación”*⁵⁵².

Finalmente y como se adelantó, la frecuencia de los procedimientos policiales –en especial la de los registros domiciliarios- al interior de la comunidad de Temucuicui parece sustentar la existencia de una sistematicidad en el actuar de las fuerzas policiales. En efecto, según información recopilada entre comunicados públicos, entrevistas a comuneros y un estudio realizado en la zona⁵⁵³, se pueden registrar un total de 30 procedimientos policiales, tal como se grafica en la siguiente tabla:

⁵⁵⁰ Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit, p. 206.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² Entrevista a werkén de comunidad Temucuicui, noviembre 2007. Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit, p. 206.

⁵⁵³ AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; y ORELLANA, Carolina. *Op. cit.*, p. 56-88.

PROCEDIMIENTO POLICIALES		
FECHA	NATURALEZA	OBSERVACIONES
15/02/2006	Registros domiciliarios en la comunidad	Violencia policial excesiva: destrozos de viviendas y enseres.
23/02/2006	Detención de dos comuneros de familia Huenchullán en las inmediaciones de la comunidad	Requeridos por la justicia por incumplimiento de medidas cautelares
27/02/2006	Registros domiciliarios	Excesivo contingente policial: alrededor de 500 efectivos. Violencia excesiva
10/03/2006	Detención de comunero de familia Huenchullán (en VI Región)	Acusado de incendio contra Urban Vigilancia policial constante a través de carros blindados de carabineros apostados en los caminos que llevan a la comunidad
15/03/2006	Contingente policial permanente	Luego de la detención de Jaime Huenchullan se observa presencia policial permanente en carros blindados. Se efectúan controles de identidad permanentes e ingresos a predios.
02/04/2006	Control de identidad	Juan Isaías Huenchullan, de 16 años, es interceptado por 7 carabineros quienes controlan identidad y lo interrogan por cerca de 1 hora al interior del bus policial. Fue golpeado, amenazado e intimidado apuntándole con armas de fuego.
24/07/2006	Registro domiciliario	Violencia policial excesiva: destrozos de viviendas y enseres, daños en cercos perimetrales. Maltrato a mujeres y niños
25/08/2006	Operativo	Aucán Huilcamán es embestido y agredido por un bus policial, dañando seriamente el vehículo en el que se movilizaba.
25/08/2006	Registros domiciliarios por denuncias por abigeato	Violencia excesiva de carabineros. Disparos indiscriminados en contra de un grupo de comuneros.
15/09/2006	Control de identidad a joven comunero Huenchullán	Carabineros echa seis perros policiales en contra del comunero, causándole mordeduras y rotura de sus ropas.
8/11/2006	Vigilancia policial excesiva	Policía de carabineros e Investigaciones fuertemente armados rodean la comunidad y proceden a tomar fotografías de ciertas casas y a grabar los movimientos en ellas. Un comunero fue herido a bala en la pierna.
9/11/2006	Detención de dos comuneros	Salían de una conferencia de prensa donde denunciaban los hechos del día anterior
29/11/2006	Registros domiciliarios	Violencia policial excesiva. Destrucción de

PROCEDIMIENTO POLICIALES		
FECHA	NATURALEZA	OBSERVACIONES
		puertas y ventanas, y de cercos perimetrales. Maltrato físico a mujer.
7/12/2006	Detención de comuneros y uso de violencia policial excesiva	Comuneros venían de pagarse, fueron conminados a bajarse del bus por carabineros en búsqueda de prófugos. Comuneros se resisten y comienza la violencia. Diez comuneros heridos. Uno de ellos con impactos de bala en ambas piernas, una mujer con fractura expuesta.
10/12/2006	Registro domiciliario a casa familia Huenchullán	Maltrato físico a mujer dueña de casa
11/12/2006	Registro domiciliario	A causa de una manifestación que realizaron encapuchados
17/02/2007	Registros domiciliarios	En busca de prófugos de la justicia. Sin orden judicial. Maltrato físico grave a un menor de edad y a una mujer. Tres detenidos golpeados enfrente de sus esposas e hijos
20/04/2007	Contingente policial permanente	Se instala un gran contingente policial afuera de la comunidad. Control de identidad y registros permanentes.
23/06/2007	Operativo recuperación de ganado	Fueron retiradas alrededor de 40 animales y trasladados a un fundo cercano. Latifundistas y particulares no pudieron reconocer a ningún animal como de su propiedad.
15/09/2007	Registros domiciliarios	A causa de denuncia por abigeato Comuneros exigen ver la orden judicial y carabineros la niega acompañando epítetos racistas e insultos para luego proceder a disparar. Se produce una escaramuza entre comuneros y carabineros.
31/10/2007	Registros domiciliarios	En busca de prófugos de la justicia. Un menor de 13 años herido con perdigones disparados por Carabineros a quemarropa sobre él.
19/11/2007	Detención	Detención de Omar Huenchullán por parte de carabineros de Ercilla. No le fue comunicado el motivo. Al llegar a la comisaría recién se reviso si tenía orden de detención, al no haber ninguna pendiente fue trasladado a la comisario de Collipulli en donde si existía orden pendiente.
23/11/2007	Registros domiciliarios	No hay información de la causa que lo motivó.

PROCEDIMIENTO POLICIALES		
FECHA	NATURALEZA	OBSERVACIONES
		Mujer convaleciente de operación quirúrgica fue sacada violentamente de su cama provocándole una seria hemorragia en sus heridas.
12/02/2008	Registros domiciliarios	No hay información de la causa que lo motivó
3/03/2008	Incendio intencional a predios de la comunidad	Comuneros refieren la presencia de civiles ajenos a la comunidad quienes prendieron fuego a sus terrenos.
20/04/2008	Detención	Detención de Jorge Huenchullán y de dos periodistas franceses, Christopher Cyril y Joffrey Rossj.
07/04/2008	Control de identidad	Felipe Huenchullán es interceptado y obligado a hacer ingreso a un bus policial en donde es interrogado por largas horas. Es amenazado y golpeado.
04/08/2008	Registro domiciliario	Se ingresó a Temucuicui y se registraron varias casas. Destrozo de enseres domésticos. Revisando los cerros de la comunidad, se encontró a Patricio Queipul quien fue llevado a un bus policial en donde fue interrogado, golpeado y amenazado.
27/11/2008	Interrogatorio	Un grupo de comuneros ingresa a la cárcel de Angol en visita. Erick Millanao de 15 años es separado e interrogado por Gendarmería acerca de distintas fotografías y datos sobre comuneros.
15/12/2008	Persecución policial	Muere Juan Cruz (ciudadano chileno) al interior de la comunidad. Es detenido Omar y Jorge Huenchullán. Además, se hostiga a Griselda Calhueque para que de información.

Ahora bien, en relación a los registros domiciliarios se puede realizar una observación particularmente relevante. Según da cuenta un documento oficial de Carabineros de Chile anexo a un informe evacuado por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en respuesta a la solicitud de medidas cautelares que se solicitaron a dicho organismo a favor de la comunidad de Temucuicui, sólo se realizaron 9 registros domiciliarios sin que en ninguno de ellos existiera denuncia de la comunidad por violencia excesiva. Sin perjuicio del análisis de estas discrepancias, el informe permite realizar un análisis más fructífero:

REGISTROS DOMICILIARIOS SEGÚN CARABINEROS	
FECHA	DELITO INVOCADO
15/02/2006	Amenazas
24/02/2006	Maltrato de obra a Carabinero en servicio
24/07/2006	Abigeato
29/11/2006	Incendio
Sin fecha	Orden de aprehensión pendiente
Sin fecha	Abigeato
Sin fecha	Desalojo de personas
Sin fecha	Abigeato
Sin fecha	Abigeato

De esta información se puede inferir que los delitos que sirven para fundamentar o motivar los registros domiciliarios no tienen relación alguna con aquellos delitos que mayoritariamente terminan en un proceso judicial. Así por ejemplo, el delito de abigeato aparece motivando 3 registros domiciliarios cuando sólo ha sido tramitado por la Defensoría Mapuche en una ocasión (2006)⁵⁵⁴.

Ahora bien, el informe de Carabineros es revelador, además, en otros aspectos relevantes.

Nº de Allan am.	Juzgado de Garantía y/o Fiscalía Min. Público. impartió orden	Nº y fechas de la orden expedida, y contenido de la orden	Nº de rol del proceso	Delito (marco normativo)	Procedimiento y personal utilizado	Denuncia por forma allanamiento afecto población local
01	Juzgado de Garantía Collipulli	Orden de entrada y registro de 15.02.2006	RUC nº 050009952 4-8	UBICACIÓN IMPUTADO DELITO AMENAZAS E INCAUTACION ARMAS	No fue ubicado imputado, se incauto evidencias;02 SS.OO Y 355 P.N.I	NO

⁵⁵⁴ AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; y ORELLANA, Carolina. *Op. cit.*, p 199.

01	Fiscalía Militar Angol	Registro en busca imputados, of. N° 86, de 27.02.2006	Causa Rol n° 86-06	UBICACIÓN IMPUTADOS, MALTRATO DE OBRA CARAB. SERVICIO	No fueron ubicados imputados: 01 SS y 55 P.N.I	NO
01	Juzgado de Garantía Collipulli	Orden de entrada y registro de 24.07.2006	RUC n° 050048229 2-0	UBICACIÓN IMPUTADOS, REC. ANIMALES DELITO ABIGEATO	No fueron ubicados imputados; 04 SS.OO y 66 P.N.I	NO
01	Juzgado de Garantía Collipulli	Orden de entrada y registro de 29.11.2006	Oficio 2427-2006	UBICACIÓN IMPUTADOS, DELITO INCENDIO	No fueron ubicados imputados, 03 S. y 30 P.N.I	NO
01	Juzgado de Garantía Collipulli	Orden de entrada y registro	RUC n° 030016210 4-0	UBICACIÓN IMPUTADOS ORDEN APREHENSION PENDIENTE	03 Comuneros detenidos e incautación escopeta hechiza; 03 SS.OO y 40 P.N.I	NO
01	Fiscalía Local Collipulli	Orden de entrada y registro	RUC n° 070046653 46-1	RECUPERACION ANIMALES DELITO ABIGEATO	Se incautaron 20 animales vacunos; 03 SS.OO y 30 P.N.I	NO
01	Fiscalía Local Collipulli	Orden de entrada y registro	RUC n° 070045711 4-7	DESALOJO DE PERSONAS	Se desarrollo desalojo en forma pacifica; 04 SS.OO y 40 P.N.I	NO
01	Juzgado de Garantía Collipulli	Orden de entrada y registro	Diligencia dispuesta por el tribunal	RECUPERACION ANIMALES DELITO ABIGEATO	Se incautaron 11 animales vacunos; 02 SS.OO y 20 P.N.I	NO

01	Juzgado de Garantía Collipulli	Orden de entrada y registro	Diligencia dispuesta por el tribunal	RECUPERACION DE ANIMALES VACUNOS DELITO ABIGEATO	No se logro la ubicación de animales; 02 SS.OO y 15 P.N.I	NO
----	--------------------------------	-----------------------------	--------------------------------------	--	---	----

Así se puede indicar que:

- i. La información presentada por Carabineros es incompleta ya que no en todos los casos refiere las fechas de las órdenes de entrada y registro, y no en todos los casos refiere órdenes judiciales. Refiere solo cuatro órdenes judiciales con sus fechas. Una diligencia efectuada en el marco de un proceso en la fiscalía Militar de Angol, en la que no hay orden judicial, sino solo un “oficio”. Refiere tres allanamientos más, efectuados con orden judicial en los que no señala fecha, y refiere solo los datos de una investigación incoada en el mismo. Y finalmente refiere dos allanamientos más, sin fecha, sin datos de la investigación, amparados en la frase genérica “diligencia dispuesta por el tribunal”, sin que se indique dato alguno de orden judicial emanado del tribunal aludido⁵⁵⁵;
- ii. El número de registros domiciliarios que reconoce la policía no coincide con los registrados por el estudio realizado en la zona entre los años 2006 a 2008 que ascienden a 11 cuando la policía sólo reconoce 9⁵⁵⁶; y,
- iii. **En suma, hay allanamientos que se efectúan sin orden judicial, que no han sido reconocidos por Carabineros.** Existen otros en los que no se sabe concretamente la formalidad que amparó el procedimiento, dado que se realizan alusiones genéricas tales como “diligencia dispuesta por el tribunal”, o en otros se limita a dar el rol de la causa, pero no señala fecha de la orden. **En ningún caso se hace referencia a la situación de flagrancia,** que es la única que podría amparar un allanamiento judicial sin orden judicial.

Todas estas consideraciones son las que permiten comprender de mejor modo la percepción existente en comuneros de Temucucui en torno a la existencia de una política dirigida de hostigamiento en contra de la comunidad.

“Nosotros hace tiempo ya que hemos sido encarcelados, yo personalmente he sido encarcelado 4 veces, acusado siempre por la misma persona, tengo un total de 10 proceso...mi hermano ...lo mismo, son 10 o 12 procesos y todos con

⁵⁵⁵ Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit., p. 203.

⁵⁵⁶ AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; y ORELLANA, Carolina. Op. cit., p. 74-88

medidas cautelares, todos firmando, bueno mi otro hermano ... el ...se está recuperando del baneo que recibió en diciembre en Ercilla, y más encima está requerido por la justicia, y dentro del proceso donde a él lo balearon, ahora va a tener que enfrentar un juicio donde carabineros lo acusan que él agredió a carabineros y la querrela que se presentó a carabineros nunca ha prosperado...nunca ha habido ánimo de sancionar ese delito por parte de carabineros y bueno, a él lo balearon y más encima lo van a procesar...

La Fiscalía, en el Ministerio Público, el Fiscal, no quiso al Omar formalizarlo después que tuviera una cierta mejoría, entonces porque yo creo que pa'l tribunal, que el Omar llegara ... en silla de ruedas, llegara con muletas, pa'l tribunal eso iba a ser fuerte, porque como iba a ser que aquí llegara una persona acusada de agredir con una piedra, cuando esa piedra no provocó nada, y el tiro de una escopeta por ej. le quebró la rodilla, entonces si lo formalizaran o lo llevaran en ese momento...se podría demostrar ahí que en esas condiciones quedó una persona, se pondría sobre la baranda lo que provoca una piedra a lo que provoca una arma, y el arma no la tenemos nosotros, la tienen ellos...⁵⁵⁷.

V. DETENCIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES

Las detenciones que se realizan en el marco del proceso de recuperación de tierras son particularmente violentas y vejatorias en relación al origen étnico de los involucrados. Estos hechos de violencia policial y malos tratos se constatan, como se ha visto, especialmente en los registros domiciliarios que se efectúan motivados por la búsqueda de prófugos de la justicia o de comuneros con órdenes judiciales pendientes.

Así, por ejemplo, el werkén de la comunidad de Temucucui señala que:

“En la misma detención del 6 de diciembre, cuando formalizaron por agresión a los peñis, ahí llegaron tres por ejemplo totalmente ensangrentados, así, hay imágenes de eso, y que es lo que dice el fiscal, dice ‘bueno su señoría, el sangramiento que tiene el caballero o tal persona fue producto del calor que había, en el carro policial hay tanto calor que le provocó hemorragia... y el fiscal con eso se queda, se queda con que carabineros no hizo nada sino que fue porque había calor, que le dio hemorragia y por eso el peñi estaba totalmente ensangrentado, y el juez ahí eso solamente es lo que ve...”⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Entrevista a werkén comunidad de Temucucui, noviembre 2007. Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit., p. 253.

⁵⁵⁸ Entrevista a werken comunidad de Temucucui, noviembre 2007. Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit., p. 207.

Destaca no sólo la violencia con la que actúan los funcionarios policiales al realizar las detenciones y procedimientos relacionados sino que también la aquiescencia de los operadores jurídicos frente a estos hechos, aún cuando se encuentran mandatados para la investigación de este tipo de hechos.

Por otro lado y en relación a las medidas cautelares, un estudio realizado en la zona constata una alta tasa de aplicación de la prisión preventiva –medida cautelar más gravosa en nuestro sistema jurídico-. En efecto, un 75% de los comuneros mapuche que no son condenados (cuando sólo el 25% es condenado) se ven sometidos a esta medida cautelar, la que incluso en gran parte de las ocasiones está acompañada de otras medidas como la incomunicación con familiares y defensores.⁵⁵⁹ A este respecto, en una entrevista sostenida con la Defensoría Penal Mapuche, se señala una cifra menor, aunque de todas formas preocupantemente alta: *“no siempre van a prisión preventiva, alrededor de un 30% a 40% quedan sujetos a esa medida cautelar”*⁵⁶⁰.

Ahora bien, la aplicación de otras medidas cautelares –como por ejemplo aquellas que se refieren a la prohibición de acceso a ciertos lugares- no tiene en consideración las particularidades del pueblo mapuche, generando así un agravamiento del conflicto particular en vez de su prevención o solución.

Por ejemplo, un dirigente del Consejo de Todas las Tierras relata que tras haber sido formalizados por desordenes en la vía pública, se les prohibió acercarse a la intendencia de Temuco durante casi seis meses, y que “lo que no decía si era en el primer piso o en toda la dependencia, porque hay otros servicios públicos, o sea te están limitando un montón de otras cosas, con esa acción jurídica ahí, porque en definitiva ahí hay más de un servicio público, pudo haber sido con una autoridad pero no era con todos, incluso está el registro civil abajo...”⁵⁶¹.

Asimismo, el Lonko de la Comunidad de Pitrelawe señala que se le prohibió acercarse al predio de la forestal Masisa en circunstancias que su predio es colindante con el de la forestal. De este modo, la medida cautelar afectaba a su propio derecho de propiedad, ya que no podía pisar su propio terreno a menos de 500 mts. del límite con el de la Forestal⁵⁶².

VI. RESTRICCIONES ESPECIALES DE GARANTÍAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONDUCTAS TERRORISTAS

⁵⁵⁹ AMAYA, Romina; ARANGUIZ Julia; LEPE, José, ORELLANA, Carolina. **Violencia en la Araucanía: Investigación prospectiva sobre comunidades Mapuches de la IX región. Período 2006-2008.** Op. cit., p. 199.

⁵⁶⁰ Entrevista a defensor penal de la Defensoría Mapuche. Temuco. Noviembre 2007.

⁵⁶¹ Entrevista a dirigente Consejo de Todas Las Tierras, noviembre 2007.

⁵⁶² Informe Final Proyecto Derecho Penal del Enemigo y la criminalización de las demandas mapuche. Op. cit., p. 209.

Probablemente los aspectos procesales constituyen el núcleo fundamental y más problemático en la aplicación de la LCT puesto que como bien demuestran los operadores del sistema encargados de la defensa “*desde el momento en que hay una ley excepcional uno se siente débil de principio a fin*”⁵⁶³.

Es que las garantías para los “terroristas” se encuentran suspendidas desde la misma CPR (artículo 19 N° 7). Ahora bien, esta suspensión de derechos se aplica de manera generalizada a todo individuo y/o ciudadano del que se presume su intervención en actos de terrorismo toda vez que no se exige –para la suspensión– que se acredite la responsabilidad criminal del sujeto. Esta situación cobra real importancia cuando se considera el uso político -o más allá del estricto cumplimiento del tipo penal- que recibe esta legislación, produciendo de tal forma potenciales situaciones de arbitrariedad y discriminación en la observancia de las más importantes garantías procesales.

1. Detención

El plazo de detención por regla general es de 72 horas, sin embargo en virtud de la letra d) del N° 7 del artículo 19 de la CPR y del artículo 11 de la LCT, el plazo de detención es aumentado hasta los 10 días en el caso de presuntos delitos de terrorismo.

Esta ampliación produce un efecto criminógeno favorable a la comisión de apremios ilegítimos por parte de la autoridad policial, especialmente cuando esperan la obtención de una confesión. Asimismo, si bien parece plausible el argumento relativo a las necesidades de la investigación no se comprende cómo puede efectuarse tal investigación si al imputado se le está privando de su derecho a comparecer ante el juez natural.

Gran parte de los operadores institucionales involucrados en el conflicto –juez oral, ministerio público y la policía- consideran necesaria esta ampliación en los casos de terrorismo. En efecto, el Fiscal indica que es necesario “*para que el fiscal efectúe una mejor formalización, que puede ir en beneficio del imputado, pues así podría evitar pedir una medida cautelar que no corresponda*” y que, en cualquier caso, “*los imputados después del control de detención pasan a un centro penitenciario*”⁵⁶⁴. En el mismo sentido, la policía estima que la ampliación es necesaria a efectos de lograr realizar una mejor investigación y de obtener mayores antecedentes antes de poner al imputado a disposición del juez⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Entrevista a Defensor Penal Público, a cuyo cargo estuvieron defensas de mapuches procesados por ley antiterrorista. Santiago 15 de noviembre de 2007.

⁵⁶⁴ Entrevista efectuada el 24 de junio 2008 a Fiscal del Ministerio Público, Temuco.

⁵⁶⁵ Entrevista a Prefecto General IX Zona de la Araucanía. Temuco, 24 junio 2008, y a carabineros de la zona (23 junio 2008).

Por el contrario, los defensores penales públicos estiman que la ampliación es innecesaria toda vez que *“intimida fuertemente al imputado y a su familia”*, permite que *“la mayoría de los fiscales ‘armen’ la investigación”* y ampara *“confesiones presionadas”*, transformándose en una *“expresión del derecho penal del enemigo”*⁵⁶⁶.

Finalmente, en virtud del artículo 14.3 de la LCT los imputados bajo esta ley pueden ser reclusos en lugares especialmente destinados a este efecto, comúnmente conocidos como cárceles de alta seguridad. Esta reclusión puede alcanzar altos períodos cuando se trata de la prisión preventiva toda vez que, por el principio de especialidad de la LCT frente a la legislación penal común, no se aplican los límites máximos establecidos –por reforma al CPP- a este efecto.

2. Incomunicación

Se encuentra regulada en el artículo 151 del CPP, en relación con la letra d) del N° 7 del artículo 19 de la CPR y con el artículo 150 del CP. La regla general en casos de terrorismo es que la incomunicación se decreta durante el tiempo de detención, sin perjuicio que ella pueda ser aplicada durante la prisión preventiva como medida agravatoria de esta última. Aunque ella debe ser decretada por el juez, a petición del fiscal, es posible aplicarla durante el tiempo que dure la detención, que es efectuada por la policía. Así una persona detenida en el marco de una investigación por hechos terroristas, puede permanecer incomunicada durante diez días.

3. Intervención en las comunicaciones

Está regulada de manera general en los artículos 222 y ss. del CPP. Requiere de mandato judicial y puede decretarse para cualquier persona *respecto de la cual existieren sospechas fundadas de haber participado en un delito*. A su vez el artículo 14 N°3 de la LCT faculta al juez de garantía para interceptar, abrir o registrar las comunicaciones *“telefónicas e informáticas y la correspondencia epistolar y telegráfica”* del imputado. Esto se hace mediante solicitud del Ministerio Público, durante la audiencia de formalización, y luego de que la conducta fuere calificada como terrorista por el juez de garantía. La resolución que ordene esta intervención debe ser fundada⁵⁶⁷.

Si bien la LCT contempla estas medidas respecto del imputado también, en virtud del inciso 3° del N° 3 del artículo 14, deja la posibilidad que puedan decretarse

⁵⁶⁶ Entrevista sostenida con dos defensores penales públicos a cuyo cargo estuvieron defensas de mapuches procesados por ley antiterrorista. Santiago Noviembre de 2007.

⁵⁶⁷ En el antiguo art. 14 se señalaba que la adopción de tales medidas debían elevarse en consulta a la Corte de Apelaciones, lo que suponía un resguardo a los derechos del procesado. Pero también la ley facultaba a la autoridad administrativa para solicitar esta intervención y el registro de comunicaciones privadas tratándose de personas que ni siquiera hubieren adquirido la categoría de inculpado.

intervenciones en contra de cualquier persona respecto de la cual existan sospechas fundadas de haber participado en la comisión del delito, sin requerir la correspondiente formalización de cargos⁵⁶⁸.

La medida no cuenta con un control jurisdiccional por parte de un órgano superior, como antes sí lo era la consulta a la Corte de Apelaciones, y solo es apelable en el efecto devolutivo. Por último, resultan excluidos de la aplicación de estas medidas ciertas autoridades como por ejemplo, Ministros de Estado, Subsecretarios, parlamentarios, jueces, miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones, el Contralor General de la República, los Generales y Almirantes.

De este modo, esta norma vacía de contenido al principio de presunción de inocencia y al derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar y de toda otra forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5 CPR).

Uno de los casos producidos en el marco del conflicto territorial fue la intervención de los teléfonos de un abogado defensor particular de algunos comuneros mapuche imputados por diversos delitos y de un perito de la defensoría penal pública⁵⁶⁹, intervención que se habría realizado a petición del Ministerio Público en 2002. El hecho se dió a conocer a través de una solicitud de cautela de garantías que efectuaron Defensores Penales Públicos ante el Juzgado de Garantía de Temuco, insistiendo en que la interceptación atentaría gravemente contra el secreto profesional y el derecho a defensa⁵⁷⁰.

El Ministerio Público sólo alegó cuestiones de forma, haciendo alusión a que las peticiones para el cese de la medida estaban mal planteadas desde el punto de vista formal, indicando entre otros que: *“el defensor López Allendes no tiene legitimación activa respecto del reclamo que esta planteando”*, refiriéndose al perito de la defensoría: *“no hay prohibición legal alguna que imposibilite la interceptación, pues solo se prohíbe respecto del imputado y abogado defensor”*, y

⁵⁶⁸ Inciso 3 del art. 14 N° 3 ley 18.314: “ Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal”.

⁵⁶⁹ Abogado Sr. Pablo Ortega Manosalva, y perito Sr. Victor Alonqueo Budon

⁵⁷⁰ Los defensores señalaron que: *“[e]n este caso, el abogado Ortega y el perito Alonqueo, sin ser imputados por delitos simples ni menos terroristas, están sufriendo medidas que para que se proceda legalmente ha requerido de una audiencia de calificación de conducta y luego de una petición cuya resolución debe ser fundada para ver si procede o no la interceptación telefónica.”*, y que *“la interceptación telefónica realizada es ilegal, invocando el artículo 14 inciso 2 de la ley 18.314, la cual debe interpretarse con primacía a las normas contenidas en el Código Procesal Penal. Pero si se estimara por algún razonamiento jurídico que prima el artículo 222 del Código Procesal Penal sobre el artículo 14 la ley referida, el artículo 222 señala que no se pueden interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, salvo que por resolución fundada se autorice la interceptación telefónica entre don Pablo Ortega y el imputado, pero no entre Pablo Ortega y Renato Maturana u otros de sus colegas”*. CONEJERA, C.- GUTIÉRREZ, J.-PEDRAZA, M.- QUINTANA, L.- ZUÑIGA, D. Los Mapuche, ¿Victimas o victimarios en el proceso de reivindicación de tierras? op. cit..

respecto del abogado señaló que la interceptación se había hecho *“no en su calidad de abogado sino en su calidad de persona que ejerce su actividad profesional, arrancando de los marcos que previene dicho ejercicio profesional, incluso declarando y ejerciendo coartada judicial para una causa de investigación criminal seguida en la ciudad de Nueva Imperial”*⁵⁷¹.

El tribunal decretó el cese inmediato de la intervención. Respecto del abogado Ortega, *“toda vez que tiene la calidad de abogado Defensor de varios imputados en estos antecedentes, y por expresa prohibición de esta medida de interceptación al tenor de lo dispuesto en los artículos 222 inciso 3 del Código Procesal Penal y artículo 14 inciso 2 de la Ley 18.314; dejando expresa constancia este Tribunal que al momento de decretar la medida, este Tribunal no tenía conocimiento de la calidad de abogado del recurrente, respecto de alguno de los imputados en esta causa.(S.C.21-12-02). 2.”*. Y respecto del perito Alonqueo *“por estimar que carecería de eficacia el hecho de mantenerla, por encontrarse ya en conocimiento del mismo, y teniendo presente la calidad de funcionario de la Defensoría Penal Pública”*. En relación a la intervención de los teléfonos de defensores penales público *“el Tribunal deja expresa constancia de no haber autorizado interceptación alguna respecto de dichos teléfonos, por lo que nada puede resolver al respecto. Sin perjuicio se hace presente al Ministerio Público que en ningún caso en las interceptaciones autorizadas por el Tribunal, estas puede registrar llamadas de los abogados Defensores, en cuanto esta circunstancia puede vulnerar el derecho a la debida defensa”*.

En definitiva, aquí ha sido la legislación penal común la que ha permitido la intervención telefónica de la defensa, por expresa remisión de la LCT, vulnerándose flagrantemente el derecho a defensa y el secreto profesional.

⁵⁷¹ En concreto el Ministerio Público señaló que: *“[e]stima sorpresivo que cada abogado haya hecho distintas peticiones. La forma de recurrir de amparo tiene su sede. Lo que dice relación con las nulidades procesales está en el Código Procesal Penal, lo cual no ha sido respetado por los abogados presentes”*. Asimismo *“[p]reviene que solicitó la interceptación telefónica del abogado Ortega Monsalve con fecha 29-11-02, quien a esa fecha no tenía la representación de ninguno de los imputados y se solicitó por cuanto la Fiscalía tiene antecedentes de que el abogado ha incurrido en situaciones que podrían fundamentar investigaciones. Estima que el Defensor López Allendes no tiene legitimación activa respecto del reclamo que está planteando”*. Respecto del asistente social y perito de la Defensoría indica que *“cuando solicitó la interceptación telefónica de esa persona, solo se contaba con su apodo. Señala que no hay prohibición legal alguna que imposibilite tal interceptación, sólo se prohíbe respecto de imputado y abogado Defensor, el Sr. Alonqueo Budón no es abogado de ninguno de los imputados. Si se quiere saber por qué se le está investigando, se deben hacer las peticiones conforme al artículo 186 y no una cautela de garantías”*. Adicionalmente, señala que la Ley Orgánica del Ministerio Público *“previene la situación de cuando se cometan delitos calificados como abuso a la violación de secreto profesional, esa circunstancia debe formularse a través de una denuncia ante la Fiscalía Regional”*. Finalmente afirma que *“con fecha 29 de noviembre solicitó la interceptación de su teléfono no en calidad de abogado defensor de imputados sino en calidad de persona que ejerce su actividad profesional, arrancando de los marcos que previene dicho ejercicio profesional, incluso declarando y ejerciendo coartada judicial para una causa de investigación criminal seguida en la ciudad de Nueva Imperial”*. CONEJERA, C.- GUTIÉRREZ, J.-PEDRAZA, M.- QUINTANA, L.- ZUÑIGA, D. Los Mapuche, ¿Victimas o victimarios en el proceso de reivindicación de tierras? op. cit.

4. Testigos con reserva de identidad

La ley adecuadora de la reforma procesal penal (Ley N° 19.806) incorporó en los artículos 5 a 20 de la LCT la posibilidad de que puedan presentarse, a petición del Ministerio Público y en el juicio oral, testigos y peritos con reserva de identidad. De acuerdo al artículo 15 el fundamento de dicha medida sería la existencia de un riesgo cierto para la vida o integridad física de un testigo o perito, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto. Por estas razones, se indica, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas:

- i. Que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen cualquier dato que pudiere conducir a su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos;
- ii. Fijar su domicilio en la sede de la fiscalía o del tribunal; y,
- iii. Que las diligencias que tuvieren lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía, y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.

En este mismo sentido, el artículo 16 prescribe que el tribunal podrá decretar la prohibición de revelar la identidad de testigos o peritos protegidos, como también la prohibición de que sean fotografiados o se capte su imagen a través de cualquier otro medio. La infracción de estas prohibiciones será sancionada con pena de reclusión. Asimismo, en virtud del artículo 17 se permite otorgar protección policial a los testigos y peritos. Conforme al artículo 18, las declaraciones de testigos y peritos, cuando se estimare necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente. La defensa tiene la posibilidad de conainterrogarlo personalmente, pero manteniéndose la reserva de identidad. Por último, el artículo 20, dispone como medida especial, en caso de ser necesario, que el testigo o perito cambie de identidad.

Se ha criticado esta institución desde los derechos humanos, señalando que ella impide ejercer cabalmente el derecho a defensa, garantía consagrada en la letra d) del N° 2 del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, a pesar de que pueda contra interrogárselos⁵⁷². Sin embargo, la opinión a nivel de operadores del sistema judicial no es unánime.

⁵⁷² Esta práctica ha sido usualmente utilizada en países como Colombia y Perú, pudiendo comprobarse que el derecho a defensa se veía notablemente mermado. Puede darse asimismo violaciones flagrantes a la prueba, como ocurrió en Colombia, caso de la USO en el que se

En efecto, el Ministerio Público estima que no se afecta el derecho a defensa en la medida en que el defensor siempre tiene la posibilidad de contrainterrogar y que no existe la posibilidad de que un nuevo testigo o que en juicios diferentes opere con otras identidades⁵⁷³. En este mismo sentido, los jueces estiman que es una institución adecuada toda vez que prevalece la protección a la integridad física, salud o la vida del testigo⁵⁷⁴.

Discrepan de esta evolución los Defensores Penales Públicos quienes estiman que la institución no es adecuada puesto que, entre otros, permite la acusación anónima y la existencia de testigos “protegidos”, esto es, testigos a los cuales se puede “comprar” mediante el otorgamiento de ciertos beneficios. Tal situación habría ocurrido en el caso Poluco-Pidenco, en que la Fiscalía presentó un “testigo protegido” cuya imparcialidad fue severamente cuestionada por la defensa, debido a que se le había proveído no solo de protección policial sino también teléfono celular y chofer⁵⁷⁵.

“Por ejemplo, en el juicio de la famosa Chepa (Poluco Pidenco). El testigo decía, ‘no sí yo a la Chepa la conozco’, y entonces le dijeron, si usted la viera, la reconocería si estuviera por aquí y dice ‘sí, sí, ahí está’... y estaba apuntando a una fiscal del ministerio Publico”. Otros casos también de testigo protegido que al ser interrogado le preguntaban: “¿y Ud. está contento?... sí, sí estoy contento, ¿porqué está Ud. contento?.. porque me dan celular, y además me protegen la casa... entonces Ud. quiere colaborar con el tribunal.. claro”⁵⁷⁶.

Incluso más, el defensor relata que gracias a las declaraciones de estos testigos protegidos muchos mapuche están condenados, y que *“depende del juicio estaban en un determinado lugar y, después en otro lugar...ellos estaban en la costa o estaban acá, entonces, si se pudiera hacer un estudio en base a las declaraciones que han hecho en diferentes juicios, y como se sitúan en los juicios porque ellos atestiguan de acuerdo a lo que ven, y uno se daría cuenta que es imposible lo que declaran”⁵⁷⁷.*

5. Secreto de las diligencias.

El artículo 21 establece la posibilidad de que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes,

comprobó que un mismo testigo sin rostro había declarado seis veces en el juicio bajo claves distintas, apareciendo entonces como seis testigos

⁵⁷³ Entrevista a fiscal del Ministerio Público, junio 2008.

⁵⁷⁴ Entrevista sostenida con un Juez Oral en Lo penal de Temuco. Noviembre 2007

⁵⁷⁵ Entrevista sostenida con dos defensores penales públicos a cuyo cargo estuvieron defensas de mapuches procesados por ley antiterrorista. Stgo. Noviembre de 2007.

⁵⁷⁶ Entrevista a defensor penal de la Defensoría Mapuche. Temuco. Noviembre 2007.

⁵⁷⁷ Ídem.

durante un plazo máximo de seis meses. La infracción a este secreto será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo.

De este modo, el derecho a defensa es abiertamente vulnerado. Es que no se puede sostener que existiría plena observancia del derecho a defensa cuando cabe la posibilidad que la defensa, a diferencia de la Fiscalía, no pueda tener conocimiento de las diligencias y actuaciones que se están realizando.

El incumplimiento de esta norma y la reacción judicial que desata se observó, por ejemplo, en el caso de una Defensora Penal Pública que fue formalizada por el delito de desacato al haber supuestamente revelado a la prensa información reservada de la Fiscalía en la que constaba las cuantiosas sumas de dinero que invertía el Ministerio Público en testigos protegidos⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ La Defensora Penal Pública Myriam Reyes fue formalizada en noviembre de 2005 por el delito de desacato por la supuesta entrega a la prensa de un documento emanado del Ministerio Público, individualizado como UATV-30, en el que se consignaban los gastos -pagos- en que incurrió el Ministerio Público en cada uno de los testigos de cargo en la causa por el incendio al Fundo Poluco Pidenco de la Forestal Mininco, cuya publicación se encontraba prohibida. La publicación se hizo el 18 de agosto del 2004, en el Diario Electrónico El Gong de Temuco, esto es luego de haber concluido el proceso judicial. En su investigación el Ministerio Público registró el ordenador de Myriam Reyes y su correo electrónico e hizo un monitoreo de sus llamadas telefónicas, entre otras medidas cautelares. Ampliamente véase MELLA, Eduardo. Los Mapuche ante la justicia. Op. cit., p. 134-138; <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/reyes.html>; y, http://meli.mapuches.org/article.php3?id_article=169, ambas visitadas el 22 de diciembre de 2009.

CAPÍTULO VI: EFECTOS PSICOSOCIALES DE LA VIOLENCIA EN LA COMUNIDAD DE TEMUCUICUI

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS EFECTOS PSICOSOCIALES DE LA VIOLENCIA

1. Dinámica Salud/Enfermedad en las Comunidad Mapuche.

Desde hace un tiempo, el etnocentrismo con el que opera gran parte de las disciplinas que conforman el campo de las ciencias sociales, progresivamente ha ido cediendo lugar a nuevas formas de entender la diversidad de realidades socioculturales. Dentro de estos esfuerzos, la antropología sociocultural ha podido demostrar por medio de numerosas investigaciones en diversos pueblos de todo el planeta, que las percepciones de buena y mala salud, junto con las amenazas correspondientes, se encuentran culturalmente construidas⁵⁷⁹.

Gracias a esto, es posible comprender que la tradición médica occidental – tradición dominante por lo demás- se ha focalizado básicamente en el tratamiento de la enfermedad y el cuidado de la salud, lo cual contrasta con las diversas visiones que cada culturas tienen con respecto al enfermar, pues cada cultura humana establece socialmente un sistema que define que se entenderá por salud y por enfermedad⁵⁸⁰.

Para las culturas indígenas, como la cultura mapuche, tanto salud como enfermedad se encuentran enmarcados dentro de un sistema simbólico de referencia que comprende un conjunto integrado de conceptos, creencias, mitos y procedimientos relativos a las enfermedades físicas, mentales, o desequilibrios sociales en un pueblo determinado. Habitualmente, el hombre indígena se siente

⁵⁷⁹ FLORES GUERRERO, R. *Salud, enfermedad y muerte: Lectura desde la antropología sociocultural*. Revista Mad. N° 10. Mayo 2004. Departamento de antropología, Universidad de Chile. <http://revistamad.uchile.cl/10/paper03.pdf>

⁵⁸⁰ LAPLANTINE, F. *Introducción a la etnopsiquiatría*. Gedisa, Barcelona, 1986.

rodeado de un número de fuerzas que no controla ni conoce, y que le acechan de forma constante, poniendo en peligro su salud e integridad física⁵⁸¹. Al igual que otras culturas, los Mapuche cuentan con su propio sistema de conceptos y creencias, su propia forma de producción cultural que les permite entender las dolencias a las que se ven sometidos tanto como sujetos, como colectivo. En este sistema, la naturaleza y el territorio cumplen un papel fundamental.

Para las comunidades mapuche la naturaleza vincula a su gente con sus antepasados, con su propia historia. Esta naturaleza -de la cual el territorio es parte fundamental- es indiferenciable de la totalidad de su ser, viven y forman parte de la naturaleza con la cual sostienen una relación de equilibrio que constituye un elemento fundamental y necesario de las formas de vida mapuches⁵⁸².

Desde esta concepción es posible apreciar que para el pueblo mapuche la noción de salud va más allá del cuidado individual ante los desequilibrios bio-químicos propuestos por la medicina occidental, sino más bien tiene que ver con la posibilidad de establecer un equilibrio armónico con la totalidad de la experiencia del ser mapuche.

En el fondo, lo anterior apunta a que culturalmente, mapuche se ve afectado física y emocionalmente por todo lo que ocurre en la naturaleza, por lo que una vez que el equilibrio con ésta se fractura, las relaciones entre los seres se ven afectadas, interrumpiendo la vida por medio de la aparición de la enfermedad. A este desequilibrio, que se manifiesta tanto en el plano físico como psicológico, es conocido como *kutran*, y es lo que corresponde a lo que nosotros entendemos por enfermedad⁵⁸³. Este juego entre el equilibrio y su trasgresión corresponde a la base de todo el sistema médico mapuche y de su visión de los procesos de enfermedad al interior de su cultura.

La enfermedad, entonces, ocurre cuando el hombre se encuentra en su estado más vulnerable, es decir, cuando su condición de "che" o persona se ha debilitado y ha dejado de funcionar dentro del equilibrio donde debiese hacerlo.

Básicamente la enfermedad mantiene un aspecto moral, que tiene que ver con la trasgresión de una norma o la posibilidad de causar un desequilibrio entre fuerzas normalmente en equilibrio. La enfermedad entendida como ruptura de equilibrios, al ocurrir en diversas situaciones de interacción entre los sujetos o con su relación al medio, no atañe únicamente a la persona, sino al grupo familiar y a toda la comunidad en general, por lo que a su vez, los efectos sintomáticos no sólo son

⁵⁸¹ ALDAIR, 1963. Citado en Flores-Guerrero, 2004.

⁵⁸² FLORES GUERRERO, R. **Salud, enfermedad y muerte:** Lectura desde la antropología sociocultural. Revista Mad. N° 10. Mayo 2004. Departamento de antropología, Universidad de Chile. <http://revistamad.uchile.cl/10/paper03.pdf>

⁵⁸³ DURAN, T. Et Al. **Muerte y Desaparición Forzada en la Araucanía: Una Aproximación Étnica.** KO'AGA ROÑE'ETA, 2000 <http://www.derechos.org/koaga/x/mapuches/>

posibles de apreciar en cada individuo, sino que también se expresa en el medio que rodea a las personas.

2. Ocupación territorial y militarización de la vida cotidiana.

Todo análisis posible de los efectos psicosociales de la violencia al interior de la comunidad de Temucuicui, debe considerar como punto de partida las condiciones en las que se establece la vida dentro de esta comunidad en función de la disputa de tierras, pues el hecho de que varios comuneros estén procesados, condenados y prófugos por acusaciones de incendio, abigeato y lesiones, altera indudablemente el orden establecido de la cotidianidad del lugar, imponiendo una situación de excepción.

La ocupación cotidiana por parte de fuerzas de carabineros que se instalan al interior de la comunidad de manera permanente, día y noche, genera un estado de militarización en la zona, es decir, una alteración en la vida cotidiana en la que se introducen los parámetros de un estado de guerra, como lo reflejan los aproximadamente cien efectivos que se apostan en Temucuicui.

Esta situación se ve acompañada de allanamientos reiterados e indiscriminados con presencia de violencia física y verbal, sumada muchas veces a la destrucción de los domicilios de los comuneros por parte de las fuerzas especiales de carabineros.

El estado de excepción que introduce la militarización, legitima prácticas como la indiscriminada detención por sospecha de actos violentistas, las cuales se realizan con excesivo uso de la fuerza, generalmente en presencia de los niños y adultos significativos. Junto a esto, se naturalizan prácticas de control y registro personal en caminos y trayectos, no sólo sobre hombres adultos, sino también sobre niños, mujeres y ancianos, con uso de fuerza y violencia verbal que muchas veces comporta apelativos racistas.

Estos excesos se ven acompañados de prácticas coercitivas como interrogatorio a menores en sus colegios con el fin de conocer actividades de los padres y el paradero de ellos, constantes patrullajes de vehículos policiales de forma permanente dentro del territorio de los comuneros y restricciones de desplazamiento al interior del territorio ancestral, a través de órdenes de Fiscalía.

La intimidación también es constante, lo que ha tenido como resultados prácticas fuera de los márgenes de acción atribuibles, como ataques y destrucción de elementos ceremoniales de la cultura mapuche, agresión con armas de fuego a menores, detenciones arbitrarias, uso de testigos bajo protección del Ministerio y sin rostro en acusaciones de robo, abigeato o incendio terrorista contra mapuche.

Esto va de la mano con acciones que tiene como efecto el desgaste emocional de los comuneros ante la reiterada difusión en los medios de comunicación de

imágenes parciales que muestran al mapuche como violentista o lo que sucede con las citas constantes y largas (en casos infructuosas) esperas para declarar en Ministerio Público en casos que el mapuche es culpabilizado de algún delito. Así como también la pérdida de referentes de apoyo, como sucedió con la expulsión del territorio nacional de investigadores y periodistas extranjeros que realizan estudios en la zona y establecen contacto con comunidades en conflicto.

En términos generales es posible pensar en una verdadera estrategia de acción hacia los comuneros que contempla represión generalizada sobre el mapuche, no sólo sobre comuneros organizados, sino que también incluye mujeres, niños, ancianas, enfermos, autoridades espirituales, políticas y defensores chilenos o extranjeros de la causa mapuche, las ONG dedicadas a la observación del conflicto e inclusive a defensores. Ocupación del territorio mapuche por fuerzas especiales de Carabineros de Chile. Funcionamiento de grupos de autodefensa civiles y guardias forestales dedicados a la represión política, denunciados por comuneros.

La emergencia de prácticas y discursos sociales que tensionan el orden y ponen en cuestión el control social, pone de manifiesto como el andamiaje institucional del Estado vigila y/o castiga aquellas prácticas que resisten y cuestionan el orden hegemónico. A su vez, hace evidente que por muy eficiente que el control social llegue a ser, requiere mecanismos cada vez más complicados y excepcionales para manejar las resistencias y eliminarlas.

Aquello que aparece por fuera del marco de las políticas estatales o al menos se transforma en amenaza de 'estar por fuera', sufre el proceso de estigmatización, segregación, exclusión, penalización y represión directa cuando es el caso. Todas estas acciones tienen una repercusión directa sobre la experiencia colectiva y la salud mental de los comuneros.

3. Consideraciones psicosociales de la violencia y la criminalización.

Desde el punto de vista psicológico la situación descrita tiene consecuencias directas en los sujetos entrevistados. *“Ocupar el lugar de víctima puede tener el significado de estar en el lugar de indefensión, la impotencia y el desamparo que remite a vivencias y etapas infantiles”*⁵⁸⁴ El que la identidad de víctima perdure en el tiempo sobre las personas y las comunidades, *“les condena a la presencia constante de la tragedia sufrida y del poder de sus victimarios”*⁵⁸⁵ La identidad puede ser dañada como un todo, considerando además que estas personas y comunidades han sostenido un prolongado proceso de sometimiento e injusticias. No es nuevo ni reciente el proceso.

⁵⁸⁴ IIDH, *Atención Integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales*. Ed. IIDH, San José, Costa Rica 2007, p.31

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p.37

El Sistema interamericano enfatiza desde el enfoque jurídico que la víctima debe entenderse como la persona que ha sufrido por parte del Estado y sus agentes una transgresión a sus derechos.

La palabra víctima es de origen latino, proviene del verbo *vincere* y significa vencido, o de *vincire*, haciendo alusión a los animales sacrificados a los dioses. Se refiere a personas que han sufrido un daño y alguien que está en una posición débil respecto de su agresor, sin poder, del cual se ha abusado y necesita ser protegido⁵⁸⁶

Si bien en los últimos años la situación del pueblo mapuche ha experimentado un cambio significativo, por cuanto la situación de conflicto por la demanda territorial ha tenido una importante agudización, no puede dejar de reconocerse que también la identidad del pueblo mapuche parece haber conseguido un reforzamiento identitario importante. La relación mediada por el conflicto entre el Estado, los mapuche y las empresas privadas asentadas en la zona y los particulares, sintetiza elementos políticos, económicos, jurídicos y sociales que obligan a una comprensión que integre los diversos elementos y pondere las amplias consecuencias de la actual situación.

Es preocupante observar situaciones que en suma refieren a hechos que parecen estar marcados por la transgresión y violación de derechos humanos por parte de agentes del Estado. Como así mismo, no poseer claridad del comportamiento del Ministerio Público en orden a la defensa de privados de la zona y el tipo de protección que la policía como funcionarios públicos otorga a las empresas y a los dueños de predios y fundos que los mapuche reclaman como territorio ancestral.

Es indudable que la victimización es uno de los efectos a nivel de las personas y las comunidades más riesgosos de la criminalización. Niños, mujeres, ancianos constituyen en una población ya vulnerada por condiciones étnicas, los más indefensos y expuestos a severos daños en su salud.

Desde una perspectiva de los derechos humanos su respeto debe estar asociado a las condiciones de una vida digna y puede afirmarse que *“la violación del derecho a la vida no se produce solamente cuando a alguien se le priva de ella, sino también cuando no le resulta posible vivir con dignidad pues no están dadas las condiciones para ello”*⁵⁸⁷ La relación con la tierra para las comunidades indígenas, como se ha dicho, no constituye solo un bien material *“una posesión o un lugar para vivir, intercambiable por otro parecido; es mucho más que eso. El daño que se produce en estas comunidades con la pérdida de sus tierras ancestrales, cuando se ven forzados a desplazarse, va más allá del mero costo*

⁵⁸⁶ *Ibíd.*, p. 31

⁵⁸⁷ Gómez, N. *op.cit* 2007, p. 324

*económico*⁵⁸⁸ Mapuche significa gente de la tierra, ello define su condición de producción de la vida y las condiciones en que debería entenderse su existencia en una sociedad plural capaz de albergar y respetar las diferencias. El territorio constituye hoy día la demanda fundamental del movimiento mapuche pues sólo desde esa dimensión para esta cultura es comprensible la vida y supervivencia cultural.

II. DESCRIPCIÓN DEL IMPACTO EN LA DINÁMICA SOCIAL AL INTERIOR DE LA COMUNIDAD A PARTIR DE LOS ENTREVISTADOS.

1. Percepción del conflicto.

Los entrevistados comentan que la situación conflictiva en las que están envueltos encuentra su contexto en el carácter histórico de vulneración de derechos y exclusión del que han sido víctimas por parte del Estado como pueblo: *“Nosotros queremos recuperar y en vista de eso, de ese proceso de recuperación es que están sucediendo estas cosas de persecución”*⁵⁸⁹. *“Es que nosotros los mapuches tenemos un derecho de partida, tenemos derecho jurídico, sociales, de vivencia como se le puede decir, o sea tenemos un derecho como seres humanos dentro de la sociedad chilena”*⁵⁹⁰.

El actual estado de tensión y represión policial se encuentra dado, según indican, a partir de la usurpación de tierras, la prevalencia de intereses de empresas nacionales y extranjeras y el asentamiento en la zona de capitales que no consideran el resguardo de su cultura, negando sus derechos. En las entrevistas los comuneros caracterizan la situación que viven como un enfrentamiento entre diferentes actores, donde ellos ocupan el lugar de mayor vulnerabilidad: *“Todos sabemos lo que provocan los allanamientos, maltrato por ej. En los niños, provoca rabia en la gente, desesperación, no pueden estar tranquilos, en que momento van a venir a allanar la casa?”*⁵⁹¹.

Pese a esto, se encuentran atravesando como pueblo un momento histórico de mayor conciencia y lucha respecto de sus derechos. Tienen convicción en la justicia de su causa y en la decisión de enfrentar el proceso de recuperación de tierras; el territorio actúa como referente identitario de su cultura y reconocen claramente el origen histórico de la disputa, reconocen en la acción colectiva una dinámica propia de la cuestión y su especificidad está dada por el actual contexto

⁵⁸⁸ *Ibíd.*, op.cit. 2007 p. 323

⁵⁸⁹ Comunero Temucuicui

⁵⁹⁰ Werken Temucuicui

⁵⁹¹ Comunero Temucuicui

político, social y económico. Los entrevistados advierten que una parte considerable del pueblo mapuche tiene conciencia y adhiere a la causa mapuche. Manifiestan a su vez, de manera persistente, el anclaje racista del tratamiento legal y político del problema por parte del estado y aluden constantemente a experiencias de discriminación y racismo que han marcado fuertemente su carácter tanto desde la infancia en términos personales como en las relaciones de las comunidades con su entorno. No reconocen en esto nada nuevo, sino una continuidad del racismo abierto y encubierto de las clases dominantes que detentan el poder históricamente frente a ellos.

2. Cohesión /división de la comunidad.

Al interior de la comunidad es posible apreciar divisiones introducidas básicamente por la oferta de recursos a los comuneros que están dispuestos a vender y/o renunciar a sus tierras en beneficio de las empresas. Los comuneros perciben manipulación de las necesidades socioeconómicas, debido a la situación de pobreza en la que se encuentran. “*Mapuche se vendió*” fue una forma frecuente de los entrevistados para explicar como en los procesos avanzados de negociación entre dueños del territorio y las comunidades, la intervención del Estado a través de la política de adquisición de tierras y por otro lado de represión policial, ha provocado enfrentamientos y divisiones al interior de las comunidades cuestión que les hace perder cohesión social y amenaza desestructurar el tejido social preexistente, ya que la tierra para el mapuche constituye un referente que liga y produce la vida social, la cultura y el destino. La cohesión de la comunidad se fortalece a través de la acción y pensamiento que como pueblo poseen frente a la tierra, a través de sus organizaciones y también por el pasado histórico de lucha en el que se reconocen.

3. Ruptura de identidad.

La relación con la tierra es un referente importantísimo para la identidad y la cultura. En condiciones de usurpación de tierras su continuidad está amenazada, sus formas de organización social pierden fuerza por cuanto las empresas transforman y degradan el territorio. Las políticas públicas materializadas en programas de entrega de tierra son vivenciados por los entrevistados como un proceso ajeno del que no han tomado parte, ni han sido consultados, de allí la pérdida de referentes impactará la identidad no sólo como una cuestión esencialista de corte indigenista sino muy materialmente incluso porque se rompe el equilibrio sobre el cual se establece la relación de la gente de la tierra. Por otro lado, la amenaza y usurpación estructura una identidad a partir de la pérdida, orientada sobre una vivencia de confrontación que define un discurso y una práctica como sentido hegemónico. Los comuneros entrevistados en gran parte son hombres de mediana edad, jóvenes que representan una posición identificada

con posturas reivindicativas y de lucha: *“Nuestros papás dijeron siempre bueno nosotros luchamos y nosotros vamos a ser mas ancianos, pero Uds. siempre van a llevar la lucha y sino recuperamos en es periodo el territorio, nuestros hijos van a recuperarlo, y ese es el territorio que falta por recuperar”*⁵⁹².

Pero también, en las entrevistas aparece la referencia constante a las experiencias de racismo que han sufrido desde niños y como ello ha impactado el desarrollo de sus vidas. Actualmente ven este mismo fenómeno reproducido en sus hijos. Toda vez que Carabineros de Chile actúa, tanto en detenciones, allanamientos, o controles son infaltables los epítetos de “indio” “india” con gran fuerza peyorativa, humillante que busca impactar la dignidad y que en términos psicológicos puede comprenderse desde la interiorización del estigma acompañada de emociones negativas frente al entorno o aún mas grave, como deterioro de la autoimagen con consecuencias sobre el estado anímico.

4. Ataque a la cultura.

El desequilibrio que implica el actual estado de cosas marcado por la violencia, tiene como resultado una pérdida cultural fundamental como es la relación sagrada al territorio que se expresa en vínculos culturales interrumpidos *“A nosotros nos prohibieron acercarnos a la intendencia casi seis meses” acercarnos al rehue (...) hacer reunión con la gente cuando eso es parte de la comunidad”*⁵⁹³

El debilitamiento de la función de las machis se vinculara directamente con esta situación, por lo tanto, el debilitamiento de los sistemas que les permiten tener y mantener la salud: *“Porque todo el ecosistema lo destruyo CONAF, ellos han permitido que las grandes empresas forestales transnacionales puedan llegar a las comunidades y eso ha invadido el territorio, o sea no hay respeto por nada, porque hoy día las machis, si hubieran machis, no hay donde sacar un remedio, nada poh”*⁵⁹⁴.

Por otra parte, también es posible apreciar la destrucción de elementos simbólicos culturales mediante el uso desmedido de la fuerza, y sin justificación aparente, carabinero ingresa sistemáticamente a los lugares de reunión ritual, tanto religiosos como organizativos, dando como resultado la destrucción inmotivada del territorio o de objetos simbólicos como un Rehue⁵⁹⁵. Represión policial posterior al nguillatún que es la ceremonia religiosa donde se establecen rogativas y además de celebraciones propias de las comunidades. Degradación y usurpación del suelo

⁵⁹² Comunero Temucucui

⁵⁹³ Entrevista Werken Comunidad de Temucucui

⁵⁹⁴ Werken Temucucui

⁵⁹⁵ Figura ceremonial hecha de madera de canelo (árbol sagrado mapuche) cuya cúspide tiene la forma de una cabeza humana y está constituida generalmente de siete escalas en una alusión a los siete cielos de las cosmovisión Mapuche. Además, el papel que desempeña en el pueblo mapuche es el de *eje del mundo*.

en el que la machi produce su medicina, señalan que ya el suelo no está apto para producir las yerbas que ocupan en sus medicinas.

5. Efecto sobre las mujeres, jóvenes y niños.

En última instancia, mujeres jóvenes y niños resultan ser los miembros de la comunidad que se encuentran más expuestos a la violencia. Señalan que resienten el tratamiento que reciben sus familiares involucrados, pues terminan siendo objetos de amenazas y maltrato, además de estar permanentemente bajo vigilancia, más allá de no ser ellos los involucrados directos. Esta situación no corresponde a un día o un acto, sino que es ocupación policial permanente. *“Así me sacaron para afuera, tratándome mal, de india” “No me pegaron, pero me tironearon, entre dos me sacaron con fuerza, preguntándome donde estaba Jorge, (...) apuntándome con el arma”⁵⁹⁶*. Los entrevistados denuncian vivir tratos que no están acordes a su condición: *“Si la Pilar estaba, estaba enfermita y la sacaron así de la cama, estaba enferma con fiebre”⁵⁹⁷*

Ante esta situación, los roles tradicionales al interior de la comunidad se ven alterados; los hombres perseguidos no pueden trabajar ni cuidar de la familia, las mujeres quedan sin recursos económicos para sustentar las necesidades básicas y deben frecuentemente acompañar a sus parejas por largas horas a tribunales a prestar declaraciones ante el temor de la posibilidad de que los detengan. Aparecer el temor por lo que les suceda a los hijos y menores, preocupación por los efectos en ellos, observan alteraciones de conducta en parejas e hijos. Sensación de impotencia y llanto frecuente y aparentemente inmotivado en las mujeres entrevistadas. Dan cuenta de terrores nocturnos de sus pequeños hijos, despertar brusco y agitado por pesadillas y también de sus parejas. Las madres señalan que los hijos manifiestan preocupación de que sus padres sean detenidos. Impotencia de los hombres que viven en clandestinidad y que no pueden trabajar para sustentar a su familia por no ser detenidos, profundiza emociones negativas.

Los jóvenes entrevistados muestran rabia e impotencia frente a la situación, conservan una posición de resistencia frente a lo que viven, pero finalmente se sienten expuestos e impotentes frente a la violencia y arbitrariedad de Carabineros: *“Entonces carabinero se pasea por acá como si fuera un espacio libre, imagínese eso, dispararle a un cabro chico, un paco retamboreado, que estudio tantas materias para ser una persona formada”⁵⁹⁸*

6. Precarización y sentimientos de inferioridad.

⁵⁹⁶ Mujer Temucuicui

⁵⁹⁷ Mujer Temucuicui, respecto de su hija de 9 años.

⁵⁹⁸ Comunero Temucuicui

Si bien esta situación no es nueva, y más bien es el resultado histórico de la discriminación social, económica y política que han debido sufrir, actualmente se ve aumentada por que bajo las condiciones de estado policial en el cual viven, producir y vivir en la comunidad es altamente complejo. La situación económica y productiva está marcada por una profunda pérdida de ingresos, la cual encuentra su razón en el hecho de que los hombres adultos que son perseguidos, han debido abandonar sus labores habituales basadas en la agricultura, sus tareas cotidianas de pastoreo o de recolección de leña para la cocina y calefacción. De esta forma no pueden acceder a medios de transporte que son pagados o a cubrir necesidades básicas como alimento, abrigo y salud.

Esto genera sentimientos de impotencia e indefensión, donde además de propiciar sentimientos de inutilidad personal y baja autoestima, son objeto de discriminación: *“Yo no quiero que mi hija, con ese estigma de decir yo soy mapuche, aquí me discriminan, hay un racismo hacia mi y por el hecho de que mi Papá por reclamar estas tierras...yo no quiero esa discriminación”*⁵⁹⁹. Esto se experimenta como una situación arbitraria, a causa de la diferencia cultural que mantienen con el Estado, las empresas y los privados, y en general, con todas aquellas instancias que mantienen una relación privilegiada con el poder.

7. Bloqueo comunicacional.

Los comuneros entrevistados dicen sentirse aislados, sin medios que informen *“la verdad, lo que realmente nosotros vivimos”*. En general piensan que los medios informativos tergiversan los hechos o bien, simplemente, no informan acerca de lo que está sucediendo: *“ellos mienten... Gran cantidad de días en huelga de hambre y no se informa en Chile: Porque la mayoría de la gente lee el Mercurio, nos da una idea de lo que la gente sabe (...) ya porque eran dos semanas seguidas porque esa semana se discutía en el congreso este tema de sacarle el carácter terrorista en Congreso, después de esas dos noticias en el Mercurio, se paró”* *“Un ex pdte. De Lan Chile, decía oye, a pesar que sale tanto en el Mercurio esto en contra de Uds., la sociedad todavía no logra criminalizarlos a Uds.”*⁶⁰⁰

Las condiciones de cómo vivencian los procesos los desgasta día a día, apuntan a que el hecho de que en última instancia nadie sabe nada, redobla lo estresante de su situación actual. Según afirman *“todo el día en tribunales sentados, todas las semanas nos llaman; juegan con eso al desgaste del mapuche”* La situación, sienten, es más conocida en otros lados que en Chile: *“Una vez hicieron un*

⁵⁹⁹ Werken Temucuicui

⁶⁰⁰ Werken Temucuicui

*reportaje y decía, no, cuando venían los mapuchitos los subíamos al auto. Nunca van a parar un auto y subir atrás aunque fuera, si uno venía transitando*⁶⁰¹.

8. Miedo, paralización, resignación.

Todos manifestaron sentirlo o haberlo sentido especialmente frente a la posibilidad de ser detenido y encarcelado arbitrariamente o hallandaos: *“Todos sabemos lo que provocan los allanamientos, maltrato por ej. En los niños, provoca rabia en la gente, desesperación, no pueden estar tranquilos, ¿en que momento van a venir a allanar la casa?”*⁶⁰²

Los entrevistados informan de procesos judiciales que están predeterminados en contra de ellos y a favor de los grandes empresarios de la zona, que presentan acusaciones, pruebas y testigos falsos: *“Porque aquí cuando me tomaron detenido los carabineros, a nosotros nos llevaron por Fiscalía y además que ellos inventaban que nosotros habíamos llevado armas y cuando nunca nosotros hemos tenido armas poh, yo nunca he tenido poh”*⁶⁰³. Ante esto, responden con una alto nivel de paralización e impotencia con respecto a posibles acciones para contrarrestar esta situación: *“A nosotros nos pasó una cosa parecida, hubo un allanamiento en la casa de mi Papá y lo que deberíamos haber hecho nosotros, sería la denuncia, incluso tiraron bombas lacrimógenas, pero para eso hay que tener tiempo, salir de Angol”* *“Para que voy a denunciar si al final voy a ir a perder el tiempo”*⁶⁰⁴

Los entrevistados dan cuenta de dinámicas de vida comunitaria alteradas por la presencia de policías de punto fijo y en patrullaje gran parte del día. Actividades tan cotidianas como buscar agua o salir para hacer sus necesidades fisiológicas son actividades en las que son y se sienten observados por carabineros que están apostados próximos a sus viviendas. A veces Carabineros por altoparlantes les alertan de la observación para que conozcan que están siendo vigilados a cierta distancia. Llegan a aparecer entre el bosque y matorrales por sorpresa insultándoles. Los entrevistados muestran temor por sus seres queridos que son buscados por la justicia y frecuentemente tienen miedo de ser allanados en el trayecto o en sus viviendas *“La intimidación, siempre está de parte de los que están acusando”*⁶⁰⁵. Se percibe que en momentos creen que la situación no cambiará y que es poco lo que pueden hacer pues nadie les escucha. Ven como las cosas ocurren sin que varíe la situación de represión y que por el contrario aumenta.

⁶⁰¹ Mujer Temuicui

⁶⁰² Entrevista Comunero Temuicui

⁶⁰³ Comunero Temuicui

⁶⁰⁴ Werken Temuicui

⁶⁰⁵ Comunera Pitrelahue

9. Percepción de la justicia.

La justicia Chilena no es percibida como una institución que cumple su función, sino que más bien, todo lo contrario. Consideran que sus prácticas son absolutamente negativas, y que constituye una institución parcial, a favor de las Empresas y el Estado, relatan experiencias de discriminación y aberración en los procesos en que se han visto vinculados a ella: *“Yo no creo en la justicia chilena” “Nosotros teníamos un solo abogado, que era el pobre Pablo Ortega, porque era el único. Después por otra causa tuve que tener otro abogado que fue Jaime Madariaga, con mucho esfuerzo, pero era súper complicado por la Forestal Miminco tenía cinco abogados en ese tiempo cuando nosotros empezamos el conflicto”*⁶⁰⁶.

Se puede apreciar que sienten que el poder legislativo está en convivencia con los intereses privados del capital y que esto los deja en desigualdad ante la Ley: *“mire estas fotos, ese bulto negro que aparece al fondo dicen que soy yo” “estas son las pruebas que utilizan para condenarnos” “me golpearon en el talón en los pie, con palos, me sacaron a la rastra, mi señora y los niños vieron. Sí el fiscal estaba y no, no dijo nada. Yo no escuchaba nada, solo la radio y movimientos, no sé como se comunican. El (fiscal) anda con un camarógrafo y alguien que le escribe. Sí. está filmado, cuando me llevaron”*⁶⁰⁷.

Esta visión negativa tiene como efecto una percepción de desconfianza generalizada ante el mundo, a causa de la parcialidad atribuida a las garantías institucionales de la seguridad, pues no cumplen las condiciones básicas para asegurar la vida: *“Cuando hoy el Ministerio de Justicia hablan que existe el estado de derecho, pa’que mienten, pa’que le mienten al país, para que le mienten a la sociedad”*⁶⁰⁸.

10. Fortalecimiento de los liderazgos internos y desconocimiento de las instancias formales.

Este proceso de fortalecimiento se encuentra claramente reconocido en sus Lonkos, voceros y organizaciones. Se reconocen como una nueva generación que ha despertado con conciencia de constituir un pueblo y una cultura. Con claridad en sus objetivos, un discurso articulado y coherente, decisión respecto del proceso emprendido aun considerando los riesgos, *“vamos por una causa justa, no tenemos tierra y es nuestra... nosotros tenemos derecho a ese territorio, el*

⁶⁰⁶ Werken Temuicui

⁶⁰⁷ Comunero Temuicui

⁶⁰⁸ Comunero Temuicui

*gobierno no puede hacer oídos sordos de eso.. Es **incomprensible que el Estado le de protección a un gringo** que esté sobre el territorio que es nuestro. Todos estamos procesados por incendios, altercados”⁶⁰⁹.*

En las entrevistas es posible observar que cuentan con capacidad de organización, resistencia y respeto por sus autoridades, lo cual les otorga seguridad y legitimidad en la búsqueda por conseguir sus objetivos. Se diferencian respecto de otras dirigencias cooptadas por partidos políticos chilenos que no representan a esta nueva generación de líderes, desconfiados y vigilantes. Poseen instrucción escolar, se han preparado en conocer su historia y dedican gran parte de su tiempo a sus labores como dirigentes, poseen formas de organización propias y autorepresentación que no delegan en otros. Sus posturas son radicales respecto de la comprensión del problema de la usurpación del territorio y entienden que les será complejo revertir la histórica situación de exclusión, no manifiestan dudas en que el proceso les exige continuar denunciando y promoviendo su lucha.

De todas formas, como contrapunto a este fortalecimiento se evidencia un alejamiento de las instancias formales de liderazgo a nivel de la sociedad civil, desconociendo la autoridad de gran parte de dicha institucionalidad: *“Yo soy de la comuna de Temucuicui, muchos siguieron en la línea de luchar, no le creí a ningún político más y ¿Por qué no le creí a ningún político mas?, porque yo soy libre de hacer mis cosas y decir mis cosas”⁶¹⁰.*

El efecto de esto es la conformación de un aislamiento antisistémico que redobla su condición de marginalidad: *“Nosotros veníamos diciendo que somos una comunidad autónoma, nosotros no vamos a ellos, ni al gobierno, ni al Estado, son ellos los que nos llaman a nosotros”⁶¹¹.*

III. ALTERACIONES PSICOLÓGICAS Y DE SALUD MENTAL EN LAS PERSONAS ADULTAS

Si bien en la cosmología mapuche no existe una clara delimitación entre las implicancias sociales e individuales de los estados de salud, pues ella misma está relacionada con un estado de equilibrio general al interior de la comunidad; a continuación se establecen algunas descripciones de las incidencias patológicas individuales del conflicto. A pesar de que muchos de estos efectos ya han sido abordados anteriormente en el presente capítulo, a continuación se dará cuenta de ellos a partir de una traducción de la observación establecida a ciertas descripciones que permiten la clasificación que permiten dar cuenta de las

⁶⁰⁹ Werken Temucuicui

⁶¹⁰ Comunero Temucuicui

⁶¹¹ Comunero Temucuicui

alteraciones en la salud mental según la tradición occidental. Estas descripciones serán agrupadas en las siguientes categorías:

1. Síntomas y significados atribuidos al conflicto.

Es frecuente la aparición de miedo, sensación de estar amenazado y en riesgo, vulnerabilidad, impotencia, menoscabo: *“Todavía estoy así (llanto), claro yo he estado con medicamentos del campo, con yerbas para los nervios, eso he estado tomando”*⁶¹². Se presentan sentimientos intensos de rabia y pérdida de control, vinculados a procesos de estigmatización y racismo. Aparece con claridad una marcada sensación de desprotección ante el Estado y sus agentes, así como también ante los privados, quienes son percibidos como siendo avalados por el Estado. Por otra parte, muchos de los entrevistados experimentan síntomas de ansiedad y estrés ya sea por haber sufrido directamente el ataque o por haberlo presenciado, como ocurre fundamentalmente con niños y mujeres. A partir de esto, se desarrollan respuestas agudas, aunque a su vez bien pueden darse diferidas en el tiempo con persistencia y/o con re-experimentación traumática a propósito de nuevas amenazas.

2. Alteraciones corporales patológicas.

Aparecen con frecuencia aquellos síntomas de depresión centrados en las dolencias y las alteraciones vegetativas, como la presencia de trastorno en el dormir, una situación de malestar generalizado a nivel corporal. Llama la atención que la muerte de un comunero de Temucucui de aproximadamente 35 años, a causa de un paro cardiorrespiratorio es atribuido a la tensión permanente que sufrió siendo buscado y allanado su hogar innumerables veces, pues además estaba sobreinvolucrado al ser padre y tío de dos menores que han sido gravemente afectados por la represión policial, *“yo lo veo, él anda preocupado así...no duerme bien.”*⁶¹³

3. Miedos y reacciones ante ocupación y ataque.

Buena parte de los entrevistados sienten que de alguna manera se naturaliza la presencia policial al interior de las comunidades, por lo que están obligados a vivir así de manera inevitable. Se observan, entonces, hipervigilantes, en alerta constante *“ellos pretenden romper eso, desarticularnos (...) acá ha habido en la comunidad más de quince allanamientos (...) provocan maltrato a los niños, rabia,*

⁶¹² Mujer Temucucui

⁶¹³ Mujer Temucucui

desesperación, no se puede estar tranquilo, en qué momento vienen otra vez a allanar, así es. Acá en Temucuicui siempre se está allanando, por ej. A las cinco de la mañana te tiran para afuera”.

Es posible observar episodios de reminiscencia traumática frente a estas situaciones, donde la experiencia traumática se reedita cobrando nuevamente un intenso valor emocional negativo: *“Con el allanamiento que hubo se asustó, yo también quedé así, quedé traumada con las patas en la puerta y después cuando yo quedaba sola en la casa, Jorge no estaba porque andaba trabajando, sentía como si en las noche volvían los carabineros, sentía que hacían tira la ventana y no podía dormir bien yo”*⁶¹⁴.

La restricción de los desplazamientos en el territorio es un factor importante que contribuye al mantenimiento del estrés y la irritabilidad, en la medida en que es considerada como una desapropiación de sus lugares de pertenencia, limitando gravemente el sentimiento de libertad y autonomía.

4. Efectos mantenidos como naturalización del conflicto.

Estructuración de sus vidas alrededor del conflicto, pérdida de proyectos personales, familiares, desmotivación en otra cosa que no sea el conflicto, disminuyendo su capacidad de funcionamiento y alterando su comportamiento. Alteraciones en la familia y sus roles, pauperización creciente. Visión de futuro teñida del conflicto.

Resulta llamativo que la ira se instala como un sentimiento preponderante, estable en el tiempo, como parte del repertorio natural de respuestas emocionales a nivel cotidiano. Ella suele aparecer cada vez que se menciona a la autoridad, o los involucrados directamente en las situaciones de violencia, como lo indican los siguientes comentarios de algunos miembros de la comunidad:

*“Significa una humillación poh, porque a uno lo humillan, lo tratan mal”. “Acá también lo van a humillar los fiscales, son chanchos, son todos racistas, siempre cuando van contra los mapuche, hasta en las noticias se ve como los tratan, de cómo los quieren hundir a los mapuche. A cualquiera que vaya de la comunidad lo van a tratar de joder”*⁶¹⁵

*“Eso a nosotros nos indigna, sentimos esa persecución tan dura hacia nosotros. Mire como se sentiría Ud. cuando las quince veces que allanaron la comunidad, las quince veces sacaban a los niños aquí, los niñitos los sacaban aquí a las cinco, seis de la mañana, tirándolos, sacaban a mi hija”*⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Mujer Temucuicui

⁶¹⁵ Comunero Temucuicui

⁶¹⁶ Werken Temucuicui

“O sea uno está lleno de ira, o sea uno tiene una rabia interior que lo puede, que no lo puede, o sea contra el Estado, por la forma como se están llevando los procesos.”⁶¹⁷

“Pero así es la vida, así se vive aquí con rabia, con dolor, con indignación y sin poder expresar lo que uno siente, eso sí”⁶¹⁸.

La naturalización de este estado emocional, como se verá a continuación, no sólo permite que las emociones negativas tomen un lugar preponderante dentro del repertorio habitual de respuestas emocionales de los involucrados, sino que también esto se transmite como herencia a las generaciones venideras.

IV. ALTERACIONES PSICOLÓGICAS Y DE SALUD MENTAL EN LOS NIÑOS

Con respecto a los efectos psicológicos producidos por las sistemáticas situaciones de violencia ocurridas al interior de la comunidad de Temucucui, por medio de las conversaciones y la utilización de dibujos como pruebas proyectivas, es posible observar el establecimiento de importantes daños en distintos aspectos.

En términos generales, es posible observar en los niños entrevistados presentan sintomatología correspondiente a trastorno por estrés post traumático, donde se destaca con mayor notoriedad la repetición y reedición de los allanamientos por parte de carabineros, que dado la violencia con la que han actuado, se configura para ellos como eventos traumáticos: *“Los niños, por ejemplo, todos tienen miedo, si ven carabineros tienen que esconderse”⁶¹⁹*.

Esta reedición de los eventos traumáticos se puede apreciar tanto en sus conversaciones cotidianas, como en sus juegos y en los dibujos; donde aparecen explícitamente elementos característicos de los ingresos de carabineros al interior de la comunidad.

Justo a esto, también se aprecia en los niños reacciones miedo generalizado hacia la figura de carabineros y frente a la posibilidad de que éstos puedan hacer ingreso dentro de la comunidad. Junto a estas expresiones de miedo generalizado los niños relatan tener dificultades para dormir, ansiedad generalizada, e irritabilidad o ira.

Con respecto a esto último, llama la atención que en el caso de los niños, la ira y la rabia también se relacionan con las experiencias de repetición e intentos de reelaboración simbólica de estas vivencias. De esta manera, se observa que en

⁶¹⁷ Comunero Temucucui

⁶¹⁸ Comunero Temucucui.

⁶¹⁹ Comunero Temucucui

ocasiones, los niños reeditan la violencia de los hechos en sus propios juegos, o por ejemplo en el trato con sus mascotas, ante quienes presentan una actitud ambivalente que transita desde demostraciones de afecto a conductas de violencia y sometimiento.

Por otra parte, además de las vivencias traumáticas producida en los niños por los allanamientos, también es posible apreciar efectos dañinos producidos por la estigmatización que cae sobre los miembros de esta comunidad.

En efecto, los niños han tenido que elaborar experiencias violentas como ser sometidos a interrogatorios por parte de carabineros, el arresto injustificado de sus padres y cuidadores, y la estigmatización por parte de sus profesores y otros sectores sociales que denominan a sus padres como “delincuentes” como efecto de los arrestos. Esto los deja en un estado de desconcierto generalizado, que no les permite encontrar referentes para elaborar dichas vivencias: *“Mal porque me decían dime donde están las armas cabro de mierda. No se porque será”*⁶²⁰

Todas estas situaciones van configurando una sensación de inseguridad generalizada, por lo que se extiende en los niños una sensación de indefensión que se expresa en dibujos donde no aparecen con claridad figuras protectoras, donde los espacios son precarios y aparecen escenas de desprotección con trazos precarios, como por ejemplo se aprecia en la persistencia por dibujar escenas de lluvia en los test proyectivos.

La presencia constante de vivencias de estigmatización y culpabilidad frente a los hechos, son elementos que favorecen la constitución de una identidad negativa en los niños, articulada en la figura del “delincuente”: *“Me sacaron la madre y me dijeron que andaba ahí con los animales robados y me dijeron que andaba con los animales robados, ahí me llamo un capitán y entonces le preguntaron a Rene Urban si algún animal que tenían ahí acaso el lo reconocía y Rene Urban decía que no”*⁶²¹.

Junto a la configuración de esta identidad negativa, la mantención a largo plazo de las condiciones de violencia a las que se ven sometidos implica una peligrosa tendencia a perpetuar pautas relacionales que desarrollen personalidades agresivo-violentas a partir de la exposición sistemática a los malos tratos hacia sus cuidadores, el encarcelamiento de sus seres queridos y la imputación de culpabilidad en delitos que no han sido probados.

⁶²⁰ Entrevista niño Temucucui

⁶²¹ Entrevista niño Temucucui

CAPÍTULO VII: LA DEFENSORÍA DE LAS PERSONAS: UNA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL CONFLICTO MAPUCHE

I. UNA MIRADA A LA INSTITUCIONALIDAD VIGENTE

La siguiente enumeración de órganos o instituciones del Estado, tiene por objeto realizar una revisión general de la institucionalidad vinculada a las alternativas de solución al conflicto, ya sea porque permite canalizar denuncias de violación a derechos esenciales, o porque su vinculación incide en forma determinante en el resultado de las demandas mapuche en el marco del conflicto por recuperación de tierras.

No persigue explicar en detalle su organización, atribuciones o características; sino demostrar carencias estructurales que impiden otorgar, desde la institucionalidad existente, una solución global al conflicto, un freno a la violencia, o una reparación a sus víctimas.

1. Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas⁶²²

Esta institución fue creada en virtud del Decreto Supremo N° 65, con fecha 11 de mayo del año 2001, por el Presidente de la época Ricardo Lagos Escobar. Su creación tuvo por objeto constituir un antecedente para el posterior

⁶²²Para el desarrollo de este subcapítulo, nos basaremos en los siguientes documentos:

- Decreto Supremo N° 65 que crea la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas;
- Reglamento Interno de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas.
- publicaciones e información contenida en la página web de la Comisión, <http://www.comisiondefensoraciudadana.cl> ;

establecimiento del Defensor de las Personas, probablemente en la forma de un programa piloto de funcionamiento. De hecho, en términos generales comparte algunas de las características y atribuciones del Ombudsman, en lo relativo a la elaboración de informes temáticos o al diagnóstico de la situación de derechos de las personas en un ámbito determinado, identificando instituciones con mayor número de reclamos, áreas sensibles de protección y vulnerabilidad de derechos, entre otras.

Según el artículo 1º del Decreto Supremo N° 65 de 2001, La Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas se define como “un órgano asesor del Presidente de la República, cuya función principal es velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante acciones u omisiones de los organismos públicos, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos frente a la prestación de estos servicios”⁶²³.

Este rol supervisor de la Comisión se desarrolla de manera indirecta en las recomendaciones que dirija al Presidente de la República, fundadas en las observaciones y conclusiones emanadas del ejercicio de sus atribuciones, carentes en todo evento de poder resolutivo. Por otra parte, el ámbito de derechos protegidos se circunscribe a aquellos derechos propios de la persona frente a la actividad prestacional del Estado; en consecuencia, si conoce de violaciones a derechos fundamentales por órganos de la administración, será por la vía y en el contexto de la actividad prestacional de tales órganos, lo cual tendrá incidencia en el punto de referencia para llevar a cabo sus apreciaciones.

Para cumplir con la función encomendada en el artículo 1º, la Comisión cuenta con las siguientes atribuciones específicas:

- Observar y estudiar la actividad que desarrollan los órganos de la Administración del Estado frente a los ciudadanos, informando al Presidente de la República mensualmente.
- Formular sugerencias, recomendaciones y/o informes al Presidente de la República, que no tendrán carácter de vinculantes, destinados a que éste ordene la adopción de medidas que corrijan o eviten acciones que afecten la regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo.
- Proponer un plan anual de satisfacción de prestaciones a los ciudadanos.
- Informar semestralmente al Presidente de la República sobre el estado y calidad de las prestaciones realizadas por la administración a los ciudadanos.
- Servir de instancia de coordinación a las oficinas de información y reclamos

⁶²³ <http://www.comisiondefensoraciudadana.cl>

de los órganos y organismos de la Administración Pública, para lo cual deberá convocar una vez al mes a los responsables de estas oficinas.

En síntesis, la Comisión observa y recopila información sobre el funcionamiento de los órganos de la administración en relación a los derechos de los usuarios de los mismos; coordina quejas de los usuarios contra un servicio en particular por la lesión de sus derechos, y la respuesta que aquél ofrece en este sentido para subsanar la deficiencia; y ofrece sugerencias al Presidente de la República sobre la base de tales observaciones para su buen funcionamiento en el desempeño de su actividad prestacional (regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de necesidades).

Sobre el tema que nos ocupa, su aplicación hipotética al conflicto por recuperación de tierras revela en sus atribuciones carencias graves que afectan su funcionalidad; especialmente en lo que respecta a la plataforma de coordinación que se supone debería constituir la Comisión, en la recepción y solución de quejas dirigidas contra un órgano de la administración. En efecto, la Comisión sólo está facultada para acoger un reclamo dirigido contra un organismo público – dependiente de la administración central-, tramitar dicho reclamo ante el organismo cuestionado para solicitar de aquél un pronunciamiento, y comunicar la resolución del asunto al peticionario. Pero no tiene potestades para exigir una respuesta del servicio frente a la petición⁶²⁴; ni tampoco tiene potestad para sugerir la adopción de una medida en particular para subsanar la deficiencia o reparar el derecho lesionado⁶²⁵.

No obstante, la utilidad de la Comisión podría radicarse en las sugerencias que dirija al Presidente de la República con motivo de esta última función; es decir, la coordinación de los reclamos de las personas frente a la administración permitiría visibilizar lo mencionado al principio: instituciones con mayor número de reclamos, áreas sensibles de protección y derechos vulnerados con mayor frecuencia, etcétera.

Descartada la utilidad en la coordinación de reclamos, ¿podría la Comisión visibilizar, frente al Ejecutivo, la vulneración de derechos fundamentales de individuos y comunidades mapuche en el marco del conflicto por recuperación de tierras? Eventualmente; pero como se dijo al principio, los derechos observados por la Comisión están circunscritos a aquellos propios de las personas frente a la actividad prestacional del Estado; y si se produce una vulneración de derechos

⁶²⁴ Un ejemplo claro de lo anterior son los casos que conoce la Comisión, declarados admisibles, y en cuyo estado actual se encuentra pendiente la respuesta del servicio involucrado. Caso N° 1747, ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), admitido en el 2006 y a la fecha sin respuesta. http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/casos/ficha.php?caso_id=32

⁶²⁵ Si es efectivo que el sentido de la existencia de la Comisión, es constituirse como un primer paso para la creación de un Defensor de las Personas en Chile, cabe preguntarse por qué no está contemplada entre sus facultades la “recomendación”, esto es, instar al órgano cuestionado a la adopción de medidas específicas para evitar la reiteración de los hechos que motivaron el reclamo.

esenciales en este contexto, será con motivo de dicha actividad y bajo ese nivel de análisis, con las evidentes implicancias que implica abordar el conflicto desde un margen tan estrecho.

2. Instituto Nacional de los Derechos Humanos.

2.1 Antecedentes.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, el "Instituto") fue creado por Ley 20.405 el 10 de diciembre de 2009. En términos generales y según se desprenderá de sus características analizadas a continuación, responde en parte a los modelos internacionales de Instituciones de Derechos Humanos⁶²⁶, cuyo objeto fundamental es la defensa y promoción de los Derechos Humanos en el país donde son establecidos. En opinión de la Doctrina⁶²⁷, los países donde se acoge la figura de una Institución de Derechos Humanos, optan por establecer un Defensor del Pueblo -que puede recibir varios nombres: Ombudsman, Defensor de las Personas, Procuraduría de Derechos Humanos), o bien un Instituto de Derechos Humanos. En algunos casos se ha optado por la creación de ambas figuras.

2.2 Definición y objeto.

El Instituto se define en el artículo 1º de la Ley que le otorga existencia, como "una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio".

El artículo 2º define como objeto del Instituto "la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional".

En consideración a estos antecedentes, el Instituto responde a la fórmula de las Comisiones de Derechos Humanos, como entidad autónoma con competencia específica para conocer cuestiones vinculadas a la promoción y protección de los derechos humanos, carente de vínculos de dependencia con otros poderes del

⁶²⁶Véase "Los Principios de París", en *infra*, El Ombudsman.

⁶²⁷AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos indígenas en América Latina: Estudio Comparativo sobre el Marco Normativo e Institucional**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2006.

Estado⁶²⁸. Persiguen garantizar la aplicación efectiva de las leyes y reglamentos relativos a la protección de los derechos humanos⁶²⁹.

2.3 Atribuciones y mandatos.

Para el cumplimiento de los objetivos contenidos en el objeto de su competencia, la promoción y protección de los derechos humanos, el Instituto cuenta con las siguientes atribuciones, y debe cumplir con los siguientes mandatos, contenidas en el artículo 3º de la citada Ley:

a. Elaboración de un informe anual, que deberá presentar al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema sobre sus actividades, sobre la situación nacional en materia de derechos humanos y hacer las recomendaciones que estime convenientes para su debido resguardo y respeto. Dicho informe deberá ser público.

b. Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos. Para el ejercicio de esta función, podrá solicitar al organismo o servicio de que se trate un informe sobre las situaciones, prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos

c. Podrá recomendar a los órganos del Estado las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos.

d. Promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile, a fin que su aplicación sea efectiva.

e. Podrá deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia.

En el ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas; podrá deducir los recursos de protección y amparo.

f. Deberá colaborar, en el ámbito de sus atribuciones, con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar a las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. También deberá cooperar con estas instituciones en la promoción y protección de los Derechos Humanos.

⁶²⁸ Ídem., pp. 58.

⁶²⁹ *Ibíd.*

g. Deberá difundir el conocimiento de los derechos humanos, favorecer su enseñanza en todos los niveles del sistema educacional, y en general promover acciones encaminadas a consolidar una cultura de respeto a los derechos humanos en el país.

h. Finalmente, deberá prestar su asesoría, en materias de su competencia, a organismos públicos y privados que lo soliciten, así como establecer relaciones de coordinación y cooperación con entidades cuyos objetivos se relacionen con las funciones del Instituto.

2.4 *Obligación de Colaboración de los demás Órganos del Estado.*

Según establece el artículo 4º de la Ley en comento, el Instituto podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos de Estado para el ejercicio de sus atribuciones. Podrá asimismo, recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia.

Este artículo refleja dos carencias graves en las facultades que permitirían al Instituto cumplir con el objeto de su competencia: por una parte, la Ley no contempla sanciones al incumplimiento de esta obligación, lo que podría restar eficacia a ésta y las demás atribuciones del Instituto⁶³⁰; por otra, no establece de forma expresa la facultad de recibir denuncias de violación de Derechos Humanos y la de investigar los hechos que la motivan, cuestión que trataremos a propósito de sus posibles aplicaciones.

A. Aplicación.

En primer lugar, la legitimación activa del Instituto para iniciar acciones judiciales sobre los derechos enunciados en el artículo que aborda esta materia, pudiera resultar en una práctica eficaz para terminar situaciones lesivas a los derechos humanos en el marco del conflicto por recuperación de tierras, sobre la base de los recursos constitucionales de protección y amparo que se podrán ejercer en el ámbito de su competencia. Esto, en el supuesto de que los hechos denunciados constituyan alguna de las hipótesis previstas para el ejercicio de tales acciones.

En segundo lugar, la elaboración de un informe anual dirigido a los poderes del Estado con el objeto de visibilizar la situación general de los derechos humanos en el país, permitiría evidenciar las situaciones de vulneración de derechos y abusos en el marco del conflicto, especialmente en lo que respecta a los sectores más vulnerables (niños, mujeres y ancianos). La publicidad de tal informe permitiría

⁶³⁰ Un ejemplo de lo anterior lo constituye la función de coordinación de reclamos de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, tratada *supra*. .

establecer conciencia en la comunidad sobre dicha situación, y eventualmente, el reconocimiento de los órganos del Estado involucrados en estos hechos sobre su veracidad, paso fundamental para frenar la violencia en el conflicto. Esto último también se vincula a la función de promoción y difusión de la cultura de respeto por los Derechos Humanos desde los distintos niveles de enseñanza formal.

En tercer lugar, la facultad de emitir opinión y recomendaciones a los órganos del Estado dentro de su esfera de competencia, podría poner fin a las situaciones de vulneración a los derechos esenciales por la vía del entendimiento, en tanto el Instituto constituye lo que la doctrina denomina una *magistratura de persuasión*⁶³¹.

Finalmente, la promoción legislativa para adecuar el ordenamiento jurídico interno con los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile, podría eventualmente conducir al Instituto a proponer reformas legales que terminasen con situaciones jurídicas que posibilitan la vulneración de derechos esenciales y la impunidad de sus autores, como es el caso de la Justicia Militar.

Desde luego, la aplicación de estas atribuciones es hipotética, y depende de las políticas impulsadas por el Instituto orientadas a la protección de los derechos de individuos y comunidades mapuche. De cualquier modo, es grave la carencia de atribuciones específicas en la recepción de denuncias de violación de derechos esenciales, así como la subsecuente investigación que aquellas motiven para establecer su veracidad. Según la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, las Comisiones de Derechos Humanos –categoría a la que pertenece el Instituto- “reciben denuncias e investigan los hechos en que estas reclamaciones se fundan, generalmente vinculadas a violaciones de derechos reconocidos por la legislación interna”⁶³². Ambas facultades son inherentes a la definición misma de las Comisiones de esta naturaleza; sin ellas, su existencia pierde sentido, por cuanto la protección y promoción de los derechos fundamentales –objeto propio de la competencia del Instituto- están lógicamente vinculadas a establecer los hechos que suponen su vulneración, perseguir a sus responsables, y velar por su reparación.

3. El rol del Ministerio Público.⁶³³

El Ministerio Público es un organismo creado por la Ley N° 19.620, en el marco de la Reforma Procesal Penal, que dentro de sus finalidades principales estaba la adecuación de nuestra legislación procesal penal a los tratados internacionales de Derechos Humanos y el reemplazo de un sistema inquisitivo de persecución penal

⁶³¹ Sobre la *magistratura de persuasión* y la eficacia de sus recomendaciones, véase *infra*: El Ombudsman

⁶³² Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. **Folleto Informativo N° 19**. EN: AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos Indígenas**... Op. Cit. pp. 60.

⁶³³ Para un mayor análisis, nos remitimos a MELLA SEGUÉ, Claudio. **Los Mapuche ante la justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile**. Editorial LOM, 2007.

de los delitos por un sistema acusatorio, cuya consecuencia fundamental es la separación de las funciones de investigar y acusar de la función del juzgamiento⁶³⁴.

En el desempeño de sus funciones, el Ministerio Público debe adecuarse al “principio de objetividad”, establecido en el artículo 3° de la citada Ley, según el cual los fiscales “deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”; es decir, deberá investigar no sólo los hechos constitutivos de delito que fundamenten la participación punible del imputado, sino también aquellos hechos que acrediten su inocencia.

No obstante, en el marco del conflicto por recuperación de tierras, la vigencia del principio recién enunciado se ve cuestionada. En efecto, la práctica operativa de los Fiscales del Ministerio Público caracteriza la problemática de la reivindicación territorial como un conflicto propio del Derecho Penal del Enemigo, manifestado en la aplicación de tipos penales de la Ley de Conductas Terroristas, la gravedad de las medidas cautelares solicitadas, la existencia de testigos sin rostro, y en la inusitada violencia durante los allanamientos a comunidades mapuche⁶³⁵, en presencia de Fiscales.

La falta de objetividad del Ministerio Público para abordar los hechos relativos a este conflicto, se fundamenta en lo que Mella denomina -citando al sociólogo Pierre Bourdieu- el *habitus*, aplicado a la conformación de las redes de poder del Estado y en la implicancia política de los Fiscales en la judicialización de las reivindicaciones mapuche⁶³⁶. El *habitus* consiste en un conjunto de caracteres del individuo (en los gestos, los pensamientos, las maneras de ser adquiridas e integradas) constituido según su capital social, económico y cultural⁶³⁷; desde Bourdieu, corresponde a “las estructuras mentales a través de las cuales los agentes apprehenden el mundo social”⁶³⁸.

En relación a lo anterior, y siguiendo a Mella, existe una relación de continuidad entre los discursos y prejuicios dirigidos contra el mapuche, de las fuentes de principios del siglo XX, con los discursos vigentes con ocasión de los juicios y audiencias realizados contra el mapuche en la actualidad⁶³⁹, ambos elementos

⁶³⁴ CONEJERA R., Claudio; GUTIERREZ C., Jorge; PEDRAZA G., María. QUINTANA V., Luis; ZÚÑIGA S., Daniela. **Los Mapuche: ¿Víctimas o Victimarios en el Proceso de Reivindicación de Tierras?** Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. Universidad de Chile. 2008. pp. 171.

⁶³⁵ Idem. Pp. 173.

⁶³⁶ LE BONNIEC, Fabien; MELLA S., Eduardo. **Movimiento Mapuche y Justicia Chilena en la Actualidad: Reflexiones acerca de las Reivindicaciones Mapuche en Chile**. En: AYLWIN, José (editor). **Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno**. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. Temuco. 2004.

⁶³⁷ Ibídem.

⁶³⁸ Ibíd.

⁶³⁹ LE BONNIEC, Fabien; MELLA S., Eduardo. Op. cit. pp. 357.

vinculados al concepto enunciado. En efecto, “las percepciones y actitudes de los fiscales acerca de los conflictos territoriales corresponden a un cierto *habitus*. Su origen social y cultural les facilitan el acceso a este tipo de cargo y les hacen sentirse investidos del deber de “perseguir, vigilar y castigar” a quienes consideran como peligro para el orden social (...) Este mismo orden social ha sido impuesto y reproducido a través de la historia por la misma clase dominante (...) de donde provienen la mayoría de los actuales fiscales, jueces, abogados y por supuesto latifundistas”⁶⁴⁰. En consecuencia, la objetividad a la que debe propender el Ministerio Público en el desempeño de investigaciones relativas al conflicto por recuperación de tierras se ve comprometida –si no es ilusoria-, en tanto su percepción de la realidad está condicionada por el *habitus* que vincula a los Fiscales a las estructuras de poder y las políticas que protegen precisamente aquello que el mapuche reivindica como propio: la propiedad privada de latifundistas.

Este marco teórico explicaría, en parte, el tratamiento que otorgan los Fiscales del Ministerio Público a las causas asociadas a la reivindicación territorial mapuche, y a lo que cabe esperar hacia el futuro en este mismo orden de cosas.

4. Justicia Militar

La Justicia Militar constituye uno de los principales problemas asociados al conflicto mapuche por recuperación de tierras, así como una grave violación a los derechos esenciales de las víctimas de la violencia policial en este contexto. Se trata de tribunales compuestos por militares -sujetos a la cadena de mando castrense- cuya organicidad permite juzgar no sólo a los miembros de su corporación por su participación en delitos militares, sino también a civiles cuando se vean involucrados miembros de las fuerzas armadas⁶⁴¹.

En relación a lo anterior, y sobre la base del debido proceso en causas de esta naturaleza, existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara Iribarne Vs. Chile, dictada en el año 2005, que obliga al Estado a reformar su sistema de jurisdicción penal militar en adecuación a los estándares internacionales en esta materia, con observancia de las normas sobre debido proceso⁶⁴².

⁶⁴⁰ Idem. pp. 358.

⁶⁴¹ MEZA-LOPENHANDÍA G., Matías. **La Institucionalidad Chilena y sus Límites: Justicia Militar, Derechos Humanos y Democracia**. Pendiente de publicación. pp. 2.

⁶⁴² CIDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. 22.11.2005. La sentencia dispone en su parte resolutive que "El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de

Es evidente que la conformación del Tribunal, las características de la posición de sus miembros ("los jueces no tienen que tener una formación jurídica formal, no disfrutan de estabilidad en el cargo y están sujetos a órdenes superiores dentro de la cadena de mando militar"⁶⁴³), así como los sujetos pasivos de su competencia, no garantizan su desempeño independiente e imparcial en las causas que conocen. Un ejemplo de lo anterior han sido los casos de violencia policial que han terminado en la impunidad de sus autores, como el del joven Álex Lemún, muerto a manos del Mayor Treuer de un disparo en la cabeza durante la ocupación del fundo Santa Alicia, absuelto por la Corte Marcial sin más fundamentos que no encontrarse justificada la existencia del delito investigado, a pesar de la gran cantidad de pruebas en su contra⁶⁴⁴.

Mientras no se modifique el sistema de Justicia Militar en nuestro país, es esperable que casos como el de Álex, así como muchos otros que le anteceden, se sigan repitiendo, y persista la impunidad de sus responsables.

II. LA DEFENSORÍA DE LAS PERSONAS

En lo que sigue se abordará la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo, en primer lugar desde su historia y su introducción en América Latina y el contexto de su establecimiento. Este marco histórico-conceptual nos permitirá otorgar algunos elementos para una definición acorde a la realidad de nuestra región y desde sus propias particularidades. A continuación trataremos los principios que deben inspirar la creación y funcionamiento del Defensor del Pueblo, conocidos como los "Principios de París". Finalmente, describiremos las funciones y atribuciones del Ombudsman para el cumplimiento de sus objetivos; desarrollaremos esta descripción en base al trabajo recopilatorio de José Aylwin sobre el Defensor del Pueblo en el derecho comparado en Latinoamérica, aplicado a materias de derechos de las personas y pueblos indígenas.

La razón por la que se ilustrará la labor del Ombudsman con este aspecto de los derechos esenciales, reside en el objetivo que se persigue con nuestro trabajo: visibilizar una alternativa de solución al conflicto mapuche en base a un modelo democrático basado en el respeto por los derechos fundamentales.

los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares. Agrega que "El Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares ". Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=4

⁶⁴³ HUMAN RIGHTS WATCH (HRW) y OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (ODPI). **Indebido Proceso: Los Juicios Antiterroristas, Los Tribunales Militares y Los Mapuche en el Sur de Chile**. En: CONEJERA R., Claudio; GUTIERREZ C., Jorge; PEDRAZA G., María. QUINTANA V., Luis; ZÚÑIGA S., Daniela. Op. cit. pp. 216.

⁶⁴⁴ MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías. **Expediente Lemún**. Documento de Trabajo, sin publicar. 2005.

1. Orígenes del Ombudsman

Tradicionalmente, se ha establecido como el origen del Defensor del Pueblo su antecedente escandinavo, el Ombudsman sueco bajo la Constitución de 1809, a raíz de una pugna entre el Parlamento y el Rey. En opinión de José Aylwin, su objetivo “era limitar el poder del soberano y la nobleza en un Estado monárquico como era Suecia”⁶⁴⁵; por otra parte, las atribuciones que le otorgaron la Constitución de ese entonces estaban encaminadas “fundamentalmente, a controlar la Administración y la Justicia, [para lo cual] la nueva Institución vigilaba la observancia de las leyes y reglamentos en lo referente a su aplicación por parte de todos los funcionarios públicos pudiendo, incluso, citar a juicio ante los tribunales competentes a quienes por parcialidad, favoritismo o por cualquier otro motivo, hubieran cometido actos ilegítimos o incumplido de manera adecuada los deberes del cargo”⁶⁴⁶. A su vez, el Ombudsman tiene su propio antecedente en la figura del Gran Senescal de Suecia, quien “exponía ante el rey las anomalías que advertía en la administración de justicia”⁶⁴⁷, constituyéndose en un precedente del control administrativo que más tarde ejercería.

En el contexto de su creación, surgió “para *canalizar* los reclamos de los habitantes frente a la labor de los funcionarios y servidores del Estado para lograr, por la vía de la *persuasión* (el destacado es nuestro), modificar conductas de éstos a favor de una administración eficiente y respetuosa”⁶⁴⁸. Canalizar y persuadir, implica que el Ombudsman asumía la posición de un mediador entre la administración y un particular, acercando los reclamos de los administrados a las esferas de poder que ejercían tal administración; pero no podía modificar por sí mismo la conducta lesiva de derechos, solo podía recomendar los cambios necesarios para que esos derechos se hicieran efectivos mediante cambios en dicha conducta⁶⁴⁹. Como se podrá apreciar, en esta estructura comunicacional entre administración y particulares mediada por un tercero, es subyacente la idea del reclamo ciudadano como una recomendación válida dirigida hacia el Estado,

⁶⁴⁵ AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos indígenas en América Latina: Estudio Comparativo sobre el Marco Normativo e Institucional**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2006. pp. 55

⁶⁴⁶ MAIORANO, José Luis. **Historia del Ombudsman**. Versión electrónica. En: <http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org/modules.php?name=News&file=article&sid=745> (fecha consulta: 03 de diciembre de 2009)

⁶⁴⁷ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. **El Defensor del Pueblo. La Experiencia Latinoamericana**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible *on line* en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet>. (fecha consulta: 03 de diciembre de 2009)

⁶⁴⁸ CUELLAR MARTÍNEZ, Roberto. **Estándares Mínimos para el Establecimiento y Funcionamiento del Ombudsman**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2002. pp. 3. Disponible *on line* en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet> (fecha consulta: 03 de diciembre de 2009)

⁶⁴⁹ Punto que se retomará más adelante, a propósito del Ombudsman sueco en relación a sus antecedentes históricos.

con miras a ejercer sus funciones “en forma eficiente y respetuosa” de los derechos de quienes administra. Por otra parte, añade un componente de racionalidad política: la administración no se encuentra obligada a seguir estos reclamos emanados de sus ciudadanos y expresados como recomendaciones desde el Ombudsman; no obstante, considerando que corrían los años del liberalismo político, entre cuyos principios fundamentales encontramos el del origen del soberanía en la nación, y del propósito de la organización política en la garantía de los derechos y libertades de las personas⁶⁵⁰, resulta lógico esperar que la administración deba adecuarse a las expectativas de sus ciudadanos en cuanto a su funcionamiento, y en cuanto al respeto y observancia a que obligan sus derechos.

Estos antecedentes constituyen el origen de la figura del Defensor del Pueblo tal como lo conocemos hoy; según como se verá más adelante, en su estructura básica actual no dista mucho de su original Sueco (canalización de reclamos, mediación, recomendación y respeto de derechos como ejes centrales del objeto que persigue). No obstante, la idea de una figura o institución que protege a los ciudadanos frente a los poderes del Estado mediante la canalización de sus expectativas no nace con el Ombudsman; encuentra sus raíces en una tendencia histórica persistente:

- En la antigua Grecia existieron funcionarios elegidos por el Consejo de los Quinientos denominados *Euthynoi*, quienes se encargaban de ejercer vigilancia sobre los funcionarios gubernamentales para asegurar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por este consejo. Además, a partir de las denuncias de los ciudadanos o por iniciativa propia, realizaban investigaciones sobre su desempeño, proponiendo sanciones para los infractores⁶⁵¹. En Esparta, su equivalente era el *Eflore*, cuya función consistía en llevar a cabo el control sobre los oficiales de gobierno y sobre acciones municipales⁶⁵².
- En la República Romana, hacia el siglo IV a.C., la pugna social entre patricios y plebeyos llevó a estos últimos, en aras de lograr una mayor igualdad social, a salir de Roma y retirarse al monte Aventino - aproximadamente en el 509 a.C.- logrando con esto que los patricios les permitieran elegir dos Magistrados plebeyos para que les representasen y velasen por sus intereses. A estos funcionarios se les conoció como los *Tribuni Plebis*, quienes tenían derecho de veto y de oponerse a las decisiones de todos los Magistrados, así como a las de los Cónsules y a las

⁶⁵⁰ ZALAUQUETT DAHER, José. **Los Límites de la Tolerancia. a. Libertad de Expresión y Debate Público en Chile**. LOM Ediciones. Santiago de Chile. 1998. pp. 13.

⁶⁵¹ DÍAZ D., Mafalda. **Antecedentes del Defensor del Pueblo**. *Hiushistoria*, Revista Electrónica. Nº 2. Universidad del Salvador. 2005. pp. 5. En: www.salvador.edu.ar/juri/reih/2da/m1.pdf (fecha consulta: 03 de diciembre de 2009)

⁶⁵² BOKHARI, Syed. **Ombudsman: an Introduction**. Versión electrónica. En: www.policy.hu/bokhari/Ombudsman_An%20Introduction.doc (fecha consulta: 03 de diciembre de 2009)

del Senado Romano⁶⁵³. En el Imperio Romano, durante el gobierno del emperador Valentiniano I en el siglo VI, se creó la figura del *Defensor Civitatis*, cuya función fue defender a los habitantes por las exacciones injustas y de los abusos de los funcionarios imperiales; también tenía facultades para querellarse en nombre de sus representados ante el gobernador de la provincia, luego ante el prefecto del pretorio, e incluso ante el Emperador⁶⁵⁴.

- En la China de la dinastía Han –del siglo III AC. al año 220 DC.-, existió un funcionario denominado *Yan*, cuya función fue ejercer un control sistemático y permanente destinado a la supervisión de la administración imperial y sus funcionarios, recibiendo las peticiones del público contra lo que se denominaban "injusticias administrativas"⁶⁵⁵

- En la Época Bizantina –de 395 a 1453 DC.- surge la figura del *Defensor Civitatis* o Defensor de la Ciudad, quien tenía la misión de proteger a los humildes contra las arbitrariedades de los gobernantes⁶⁵⁶.

- Existen otros ejemplos históricos, relativos a instituciones que ponían énfasis en el control administrativo de los funcionarios de gobierno (en Venecia del siglo XV, el Consejo de los Diez; el Sahib Al Mazalin de la época musulmana; el Justicia Mayor de Aragón, y el Trucuyricuy del Imperio Inca)⁶⁵⁷⁻⁶⁵⁸, más que en la noción de respeto por los derechos de los administrados.

No obstante, existen dos aspectos especialmente relevantes de esta figura sueca, que le dan el sello distintivo respecto de sus antecesores y que influyen de manera significativa en las instituciones posteriores inspiradas en ella:

En primer lugar, al constituirse la monarquía parlamentaria sueca, en virtud del principio de separación de poderes, el *Justitie Ombudsman* se modeló originalmente como un delegado parlamentario, no obstante era funcionalmente independiente de quienes lo designaban; además, en virtud de este mismo principio y en atención al objeto que perseguía, estaba desvinculado de la Corona⁶⁵⁹. Esta independencia funcional era la que le permitía ejercer las atribuciones que le encomendaba la Constitución.

En segundo lugar, sus resoluciones no tenían un carácter vinculante; estaban desprovistas del clásico *imperium* jurídico⁶⁶⁰. Por esto es que en opinión de Roberto Cuellar, el Ombudsman ejercía su mandato mediante la *persuasión*: convencer a la administración de llevar a cabo su mandato con respeto a los derechos de las personas, modificando aquellas conductas denunciadas por éstas

⁶⁵³ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 2.

⁶⁵⁴ DÍAZ D., Mafalda. Op. Cit. pp. 4.

⁶⁵⁵ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 2.

⁶⁵⁶ Idem.

⁶⁵⁷ MAIORANO, José Luis. Op. cit.

⁶⁵⁸ DÍAZ D., Mafalda. Op. Cit. pp. 4

⁶⁵⁹ Idem.

⁶⁶⁰ Ibid.

como lesivas de sus derechos. Esto solo tiene sentido si consideramos el contexto liberal que dio nacimiento al Ombudsman, y la idea de una institucionalidad sintonizada con los principios del liberalismo: “los seres humanos nacen libres y son iguales en dignidad y derechos; (...) la soberanía reside esencialmente en la nación y el propósito de la organización política es, fundamentalmente, garantizar los derechos y libertades de las personas; por tanto, la legitimidad de los gobiernos deriva del consentimiento de los gobernados”⁶⁶¹, el que se podrá obtener siempre y cuando los actos de gobierno no lesionen sus derechos fundamentales.

Se verifica además en el Ombudsman sueco algunas características representativas de su funcionamiento en la actualidad: ausencia de un trámite solemne para la presentación de las quejas, amplias facultades de investigación, y obligación de presentar ante el parlamento un informe anual en el que diera cuenta de su labor⁶⁶².

Con el establecimiento de un gobierno republicano, la institución se trasladó a Finlandia en 1919 bajo el mismo nombre, acorde con el modelo original y dotado de amplias facultades de supervisión de la observancia de las leyes en las actuaciones de los Tribunales y de otras autoridades, con arreglo a las instrucciones que le impartía el Parlamento⁶⁶³. En 1953 la Constitución de Dinamarca adopta la figura, momento a partir del cual comenzó a difundirse masivamente por el mundo⁶⁶⁴. En opinión de José Maiorano, ex Defensor del Pueblo argentino, su difusión a los demás países con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se produjo en primer lugar, debido a la aplicación exitosa de la institución en un país con un modelo distinto al sueco y al finés; en segundo lugar, su institucionalización obedeció a la necesidad de crear un órgano no tradicional de control de la administración en virtud de su creciente rol interventor, en el establecimiento de los Estados de Bienestar que caracterizaron la segunda mitad del siglo XX. Sobre este punto, se apunta que el “incremento de la actividad administrativa respondió, en parte, a un cambio en la concepción de los derechos subjetivos; de aquellas categorías jurídicas subjetivas que denotaban, primordialmente, una abstención por parte del poder estatal, típicas del constitucionalismo liberal –derechos de libertad, de igualdad, de propiedad privada– se pasa (por vía del constitucionalismo social) a derechos de naturaleza prestacional, donde el Estado asumía compromisos de índole positiva, tales como brindar educación, salud, bienestar, cultura, etc.”⁶⁶⁵. En este contexto, el Ombudsman estaba enfocado en las deficiencias de la actividad prestacional de los servicios públicos, la “disfuncionalidad administrativa”, conservando sus rasgos distintivos propios del modelo sueco: control administrativo no tradicional, informal, de fácil acceso ciudadano, constituido como magistratura de persuasión o de

⁶⁶¹ ZALAUQUETT DAHER, José. Op. cit. pp. 14.

⁶⁶² MAIORANO, José Luis. Op. cit.

⁶⁶³ Idem.

⁶⁶⁴ Ibid.

⁶⁶⁵ Ibid.

opinión, designado por el Parlamento, con obligación de rendir a este último una cuenta anual. Finalmente, cabe agregar que su establecimiento en este período responde a una etapa expansiva de los Derechos Humanos en su internacionalización, lo que implicó la incorporación a nivel nacional de figuras como el Defensor del Pueblo, para “la defensa y protección [de los derechos fundamentales] desde el mismo Estado, a través de instituciones independientes y dotadas de amplias facultades de poder moral”⁶⁶⁶.

2. El defensor del Pueblo en América Latina.

En opinión de Aylwin, la figura del Defensor de las Personas hace su primera incursión en América Latina a raíz de la influencia de la Constitución española en la década de los setenta, siendo Puerto Rico el primer país en adoptarla, en 1977, y el segundo Guatemala, en 1985⁶⁶⁷. Pero lo que provoca su institucionalización masiva en la región fueron los procesos de “transición a la democracia” llevados a cabo en la década de los noventa, que en relación al Ombudsman transcurrieron sobre dos ejes fundamentales: por una parte, en los procesos de reforma constitucional, que tuvieron por objeto reformular las bases institucionales heredadas de los gobiernos de facto; y por otra, en la revitalización de las democracias de la región (que requerían precisamente de un nuevo marco jurídico), lo que implicaba la instauración de figuras como el Defensor del Pueblo para la profundización de este proceso⁶⁶⁸; particularmente, en relación al legado de violaciones masivas a los derechos humanos que dejaron las dictaduras militares.

Para entender este fenómeno, hay que tener en consideración que los procesos de transición a la democracia, como procesos de cambio político tendientes a reconstruir un orden democrático luego de una dictadura o de un quiebre institucional y de convivencia nacional, implica la necesidad de enfrentar y superar un legado de violaciones a los derechos esenciales, como parte integral del concepto de transición⁶⁶⁹. Los Defensores en los países de América Latina, creados en su mayoría en la década del noventa -época en la que los derechos humanos y la idea de democracia habían alcanzado extraordinario respaldo internacional como valores políticos⁶⁷⁰-, nacen bajo este paradigma conceptual de la transición, donde la protección de los derechos fundamentales y su reparación en múltiples casos precedentes de violación de los mismos, constituye la piedra fundamental sobre la que se cimentan estos procesos de transición, y el norte al que apuntan las instituciones creadas con este objeto.

⁶⁶⁶ MAIORANO, José Luis. Op. cit.

⁶⁶⁷ AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos indígenas...** Op. cit. pp. 56

⁶⁶⁸ Idem.

⁶⁶⁹ ZALAQUETT, José. **La Reconstrucción de la Unidad Nacional y el Legado de Violaciones de los Derechos Humanos.** EN: Revista Perspectivas. Vol. 2. Universidad de Chile. 1999. pp. 4.

⁶⁷⁰ Idem. pp. 5.

Esto último da un carácter particular a las Defensorías del Pueblo en América Latina, por cuanto su objeto primordial ya no es la clásica protección de los ciudadanos frente a una deficiente actividad prestacional del Estado, sino específicamente la protección de los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, se produce el nacimiento de una figura singular de Defensor, basado por una parte en el modelo original sueco y español (como magistratura de persuasión en cuanto a la potestad moral de su titular, tramitación informal y de fácil acceso, recepción de denuncias e investigación, etc.); y por otra, en sus propias particularidades: a) vinculado a los desarrollos constitucionales de las transiciones democráticas y el fin de regímenes autoritarios, b) en el otorgamiento de funciones explícitas y prioritarias en la defensa de los derechos humanos, sin dejar de tener las competencias globales de control no jurisdiccional de los actos de la Administración Pública; c) otorgamiento de competencia para transferir los expedientes al Ministerio Público a fin de que este pueda iniciar, cuando proceda - o enriquecer en su caso-, los procesos judiciales cuando existen hechos delictuosos que ameritan persecución penal; y d) en la función de promoción y educación en la cultura de los derechos humanos⁶⁷¹.

3. Elementos para una definición del Defensor del Pueblo.

En el análisis de su historia, hemos dado algunos lineamientos generales de la figura del Defensor del Pueblo en cuanto a su naturaleza, al objeto que persigue, sus atribuciones esenciales y su forma de funcionamiento; desde su origen consensualmente establecido en el *Justitite Ombudsman* sueco hasta las relativamente recientes figuras latinoamericanas, como se verá más adelante, con mayores o menores atribuciones según el contexto histórico y político del país en que nacen, y cuyo eje fundamental de funcionamiento ha sido, según lo expuesto, el tránsito hacia el reestablecimiento de los regímenes democráticos de sus respectivos países, con posterioridad a los quiebres institucionales por los distintos gobiernos de facto que se sucedieron en la región, desde la década del sesenta hasta fines del ochenta.

Ahora bien, en consideración a esto último, un concepto de la figura del Ombudsman no podrá definirse en cuanto a sus atribuciones o competencia específica, en tanto estos elementos están condicionados por la realidad histórico-política del país en que se establece; en efecto, como señala Paavo Kastari, “una institución de esta naturaleza (...) debe ser moldeada para que se adapte al sistema legal y a las tradiciones de cada país en particular”⁶⁷². Esto implica una mayor o menor amplitud de su esfera de competencia según diversos factores:

⁶⁷¹ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 5.

⁶⁷² KASTARI, Paavo. **El Ombudsman. El Defensor del Ciudadano**. Fondo de Cultura Económica. México. 1986. pp. 98. EN: RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. **Temas para un Derecho de la Humanidad**. Aletia Libros. Santiago de Chile. 1991. pp. 123.

que tan arraigada se encuentre en dicho Estado la cultura de respeto por los derechos humanos, su gravitación en la opinión pública y en las voluntades políticas de las que depende su creación y funcionamiento, el enfoque que reciba el entendimiento de esta cultura (en particular, si apunta hacia la reparación de las violaciones a los derechos fundamentales producidas en el marco de regímenes autoritarios, o hacia la protección activa y funcional de tales derechos como imperativo para las instituciones del presente, o ambas), serán todos elementos que delimiten las particularidades de cada institución en el país donde surja. No obstante, es posible esbozar una definición básica que, tal como se advirtió al principio, no distará mucho de su original escandinavo, puesto el acento en el objeto que persigue, y en la forma particular de su materialización:

“El ombudsman o Defensor del Pueblo, es una institución en general de carácter unipersonal. Excepcionalmente su función radica en un grupo de personas, cuya designación corresponde al Parlamento. La principal función de los defensores del pueblo es proteger a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública susceptibles de lesionar sus derechos y garantías fundamentales. Para el cumplimiento de esta función el Defensor actúa como un mediador entre la persona perjudicada y el ejecutivo”⁶⁷³

Esta “forma particular” en la que se materializa su función principal es mediante su carácter mediador. En efecto, a diferencia de la mayoría de las instituciones de control administrativo, como ya se mencionó, el Ombudsman no goza de *imperium* para hacer valer sus recomendaciones a los órganos de la administración cuyos actos u omisiones se han declarado lesivos de derechos o garantías esenciales; por lo mismo cobran el carácter de “recomendaciones” y no de mandatos: se persuade a la administración de reformar su conducta, en aras del respeto por los derechos fundamentales propio de un régimen democrático⁶⁷⁴. Esta función mediadora se manifiesta en una doble dimensión: por una parte, en la recepción de los reclamos ciudadanos hacia la administración -que en definitiva constituyen legítimas expectativas de respeto hacia sus derechos fundamentales defraudadas⁶⁷⁵- y que exigen de ella una respuesta; y por otra, en una *sugerencia* a la administración sobre su conducta (denunciada por el particular como lesiva en sus derechos) que tendrá como marco de referencia su expectativa, las bases institucionales del sistema democrático, y los derechos esenciales de la persona.

⁶⁷³ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19. EN: AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos Indígenas...** Op. cit. pp. 60.

⁶⁷⁴ Por su propia definición, y según se explicará más adelante, una democracia participativa es presupuesto funcional de la existencia y efectividad del Defensor del Pueblo.

⁶⁷⁵ Este punto se tratará a propósito de las atribuciones del Defensor en materia de promoción de derechos, y de la importancia de la misma para el empoderamiento social en el ejercicio de sus derechos fundamentales (lo que tiene como contrapartida la expectativa de no verse lesionados en estos derechos).

Si bien es cierto, esta definición otorga caracteres generales de la Institución sobre la base de su objeto y funcionamiento originales, nos parece que la realidad política, histórica y social de nuestra región ha creado una figura distinta de Defensor, que pone énfasis en sus facultades de investigación sobre las denuncias que en el ámbito de vulneración de derechos fundamentales realizan los individuos, en el traspaso que hagan de los antecedentes de la investigación a los órganos encargados de la persecución penal -cuando estas denuncias constituyan ilícitos penales-, así como en la labor comunicacional que llevan a cabo las defensorías en la promoción de tales derechos⁶⁷⁶. Esto tiene sentido si atendemos lo afirmado en cuanto a los períodos de transición democrática, reforma constitucional y de las bases institucionales, con un elemento adicional: la necesidad de fortalecer la democracia en base al respeto por los derechos humanos; cuestión que implicaría no solo reformas legislativas en esa dirección, sino además el empoderamiento de la sociedad civil en el ejercicio de tales derechos, y en su estricta observancia por las instituciones que más sensiblemente pudieran afectarlos, en particular las fuerzas del orden y seguridad y las fuerzas armadas⁶⁷⁷.

En este contexto, la denuncia que haga un individuo sobre la vulneración de sus derechos esenciales por obra de la administración, es equivalente a una exigencia social de respeto, donde tales derechos ocupan la cúspide del ordenamiento normativo⁶⁷⁸. De este modo, la figura del Defensor del Pueblo en Latinoamérica y su mandato no se basaría tanto en la mediación, como su definición indica, sino en la exigencia que el cuerpo social haga de sus derechos esenciales. Esta demanda ciudadana por el respeto de sus derechos determinará el mayor o menor grado de persuasión de los dictámenes del Defensor. Por todas estas consideraciones, se le otorgan al Omdusman *criollo*⁶⁷⁹ - “funciones explícitas y prioritarias en la defensa de los derechos humanos (...) y una importante función de promoción y educación”⁶⁸⁰.

4. Principios que inspiran la gestión del Ombudsman: los principios de París.

Los Principios de París son el resultado de una reunión técnica de carácter internacional celebrada en París, convocada en 1991 por diversas instituciones

⁶⁷⁶ Lo que también es aplicable a la publicidad de los informes que emite en relación a estas denuncias, y a la difusión de derechos fundamentales en materias indígenas, como se analiza más adelante.

⁶⁷⁷ Esto explica la importancia de promover los derechos fundamentales al interior de estas instituciones.

⁶⁷⁸ Artículo 5 Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

⁶⁷⁹ Denominación que recibe el Defensor del Pueblo en el contexto latinoamericano por el jurista mexicano Jorge Madrazo. MADRAZO, Jorge. *El Ombudsman Criollo*. CNDH, Mexico D.F., 1996. EN: GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 5.

⁶⁸⁰ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 5.

nacionales de derechos humanos, a la que asistieron representantes de estas organizaciones, Estados, organismos intergubernamentales y no gubernamentales. En ella se realizaron diversas recomendaciones en materia de función, composición, estatuto y atribuciones para las organizaciones que con objeto en esta materia.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución del 20 de diciembre de 1993⁶⁸¹, adopta estas recomendaciones en la forma de principios amplios y generales, en un instrumento conocido como “Los Principios de París”. Hoy constituyen “la principal fuente de estándares normativos para las instituciones nacionales de derechos humanos”⁶⁸², y su generalidad “permite que puedan aplicarse a una pluralidad de Instituciones Nacionales, independientemente de su diversidad de objetivos, estructura, y programas de acción”⁶⁸³

En opinión de Amerigo Incalcatera, representante en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hasta 1998, la estrategia adoptada por los Principios de París no fue la de promover un modelo único al cual todas las Instituciones de derechos humanos de diversos países deberían de ceñirse, sino, por el contrario, respetando la diversidad y pluralidad de las Instituciones y reconociendo que cada una acarrea una tradición jurídica específica y tiene que adecuarse al contexto de derechos humanos que se vive en cada país, se optó por establecer un conjunto de condiciones mínimas o estándares básicos que todas las Instituciones Nacionales deberían para poder desempeñar sus tareas de manera eficiente⁶⁸⁴. Estos estándares de funcionamiento se concentran en tres ámbitos: a) la competencia y responsabilidades de las Instituciones Nacionales; b) su composición y las garantías de independencia y pluralidad que requieren para desempeñar sus tareas y c) los métodos de operación y su relación con otros actores, especialmente con los de la sociedad civil⁶⁸⁵.

En el ámbito de la competencia y responsabilidades, los Principios de París establecen como rol fundamental del Defensor del Pueblo la promoción y protección de los derechos humanos, para lo cual deberá contar con el mandato institucional más amplio posible, cuyo fundamento jurídico estará definido en un texto constitucional o legal.

⁶⁸¹ Resolución 48/134, de 20 de diciembre de 1993. Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁶⁸² CONSEJO INTERNACIONAL PARA ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS. **Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos**. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2005. pp. 6. EN: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet>.

⁶⁸³ INCALCATERRA, Amerigo. **Estrategias de vinculación entre las Instituciones Nacionales de promoción y protección de los derechos humanos y las organizaciones de la Sociedad Civil a partir de los Principios de París**. Intervención en el Seminario “El Ombudman, Herramienta de Participación Ciudadana”. México. 2007. Versión en línea. EN: www.hchr.org.mx/documentos/conferencias/Ombudsman.pdf (fecha consulta: 03 de diciembre de 2009)

⁶⁸⁴ Idem.

⁶⁸⁵ Ibid.

En relación a la composición, los Principios de París abogan para que exista pluralidad y representación de todos los sectores sociales interesados en la protección de los derechos humanos, en la designación del Defensor del Pueblo. En cuanto al grado de independencia, proponen que se le dote de una infraestructura adecuada y recursos económicos suficientes para realizar sus labores; que tenga autonomía de decisión y de acción en relación con el Poder Ejecutivo y que no esté sujeto a ningún control financiero que pueda afectar su funcionamiento⁶⁸⁶.

Finalmente, en cuanto a la operatividad del Defensor, estos principios contemplan un conjunto de atribuciones necesarias para cumplir con el objeto de su competencia:

- Deberá disponer de atribuciones específicas destinadas a formular consultas a los órganos del Estado, y elaborar dictámenes, recomendaciones, propuestas o informes sobre las cuestiones relativas a la protección y promoción de derechos humanos, que podrá hacer públicos⁶⁸⁷.
- Actuará de interlocutor para cuestiones de derechos humanos con las instancias legislativas, a nivel nacional. En este sentido, podrá recomendar adaptaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, cuando ellas sean obstáculo para el legítimo ejercicio de derechos esenciales. A nivel internacional, asesorarán a los Estados en la formulación de informes sobre la situación de derechos humanos que requieran los órganos intergubernamentales especializados en materia de derechos humanos⁶⁸⁸.
- Instará por el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, con el fin de armonizar esta normativa con aquella adoptada en el seno de la comunidad internacional⁶⁸⁹.
- Ejercerá labores en el ámbito de la educación, colaborando en la elaboración de programas relativos a la enseñanza, promoción e investigación en materia de derechos humanos, y participará en su aplicación.
- Establecerá relaciones de coordinación con organizaciones no gubernamentales, así como con los órganos jurisdiccionales, para promover e instar por el respeto y protección de los derechos humanos, y garantizar su pleno ejercicio.
- Estarán facultados para recibir denuncia de violaciones de derechos humanos o transmitir las a la autoridad competente (el Ministerio Público), y dotados de facultades de conciliación. Para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia, podrá requerir toda la información y documentos necesarios.

⁶⁸⁶ Ibid.

⁶⁸⁷ AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos indígenas...** Op. cit.p. 65.

⁶⁸⁸ Ídem.

⁶⁸⁹ Ibíd.

5. Atribuciones generales del Ombudsman en relación a los derechos de los Pueblos Indígenas.⁶⁹⁰

Ya hemos descrito en forma indirecta algunas de las facultades o atribuciones del Defensor del Pueblo, en cuanto a sus facultades de investigación, mediación, denuncia, emisión de resoluciones e informes, articulación con diversos organismos del Estado y de la sociedad civil, que constituyen las atribuciones más compartidas por las Defensorías de diversos países. Hemos sintetizado los principios rectores de su creación y funcionamiento, basándonos en los “Principios de París”, directrices operativas que deben guiar el trabajo de las Defensorías para el cumplimiento de sus objetivos.

A continuación, describiremos en detalle las atribuciones específicas del Defensor del Pueblo para el cabal cumplimiento del objeto de su competencia, la promoción y protección de los derechos humanos, tomando como referencia su aplicación en materias indígenas por los Defensores del Pueblo en América Latina⁶⁹¹.

5.1 Investigación y recomendaciones.

En opinión de José Aylwin, la principal función de la Defensoría es investigar. Esto consiste en “iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier indagación conducente al esclarecimiento de situaciones lesivas a los derechos humanos, así como de los actos y resoluciones de la Administración Pública o de los agentes estatales que, implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones, afecte la vigencia de tales derechos”⁶⁹².

El ejercicio de su facultad investigadora requiere la plena facultad para “inspeccionar oficinas públicas, sin aviso previo, y requerir de ellas -sin costo alguno- la documentación e información necesaria para el éxito de la investigación”⁶⁹³. Esto resulta indispensable si atendemos el hecho de que la mayoría de los medios de prueba disponibles para acreditar los hechos contenidos en la queja o denuncia, son los que tiene en su poder el mismo órgano de la administración cuestionado. En todo evento, el ejercicio de la facultad

⁶⁹⁰ Para el desarrollo de este sub-capítulo, muy especialmente en la aplicación de sus atribuciones en materia de derechos indígenas, nos basaremos principalmente en el trabajo de Jose Aylwin en la materia:

- AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos indígenas en América Latina: Estudio Comparativo sobre el Marco Normativo e Institucional**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2006

- AYLWIN, José. **Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina**. EN: BERRAONDO, Mikel (coordinador). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. 2006.

⁶⁹¹ Remitiéndonos a lo señalado al principio de este capítulo, en cuanto a la importancia de las Defensorías del Pueblo en la resolución de problemas relativos a materias indígenas.

⁶⁹² AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos Indígenas...** Op. cit.pp. 71.

⁶⁹³ Idem. pp. 72.

investigadora no se circunscribe únicamente al organismo cuya actuación ha sido impugnada, en tanto puede acceder a la documentación que emane de cualquier autoridad pública relevante para acreditar los hechos denunciados.

El Ombudsman también puede actuar de oficio, y lo hace en general cuando se presentan cuestiones que en su parecer son objeto de preocupación general o bien afectan a derechos colectivos y, por consiguiente, es improbable que sean objeto de una denuncia individual⁶⁹⁴.

Concluída la investigación, el Defensor se pronuncia sobre los hechos sometidos a su conocimiento a través de recomendaciones. Estas recomendaciones son puestas en conocimiento del denunciante y de la autoridad cuestionada en su actuación, a fin de que adopte las modificaciones en su conducta que garanticen el cumplimiento de tales recomendaciones, en observancia de los derechos vulnerados en los hechos constitutivos de la denuncia. Generalmente son públicas, cuestión fundamental para el reconocimiento y legitimidad institucional del Defensor en la promoción y protección de derechos esenciales.

Además, el Ombudsman puede emitir Informes temáticos sobre situaciones generales que afecten la vigencia de los derechos que protege, los que podrían no estar directamente vinculados con denuncias particulares -y por ende ser generados de oficio-, sino con un contexto social, legislativo, o de cualquier índole, que potencial o concretamente constituya violación de derechos fundamentales.

Estas recomendaciones carecen de fuerza coercitiva, la administración no está obligada a cumplir con las medidas que se le instan a adoptar. No obstante, en algunos países⁶⁹⁵ existen medidas destinadas a promover su cumplimiento, tales como la censura pública por actos o comportamientos lesivos a los derechos humanos por parte de los agentes del Estado, o la presentación al Parlamento de un informe circunstanciado sobre el caso⁶⁹⁶. De cualquier modo, recibe aplicación lo dicho en cuanto a la legitimidad del reclamo ciudadano en orden al respeto de sus derechos esenciales, que son límite al poder soberano; por ende, todos los órganos de la administración, así como los demás poderes del Estado, necesariamente deben ajustar su funcionamiento en base al respeto por los derechos fundamentales; esta es la autoridad moral de las recomendaciones emanadas del Defensor. En este sentido, debemos recordar que los Ombudsman ejercen control a través de la **magistratura de influencia**: “es una posición jurídica y socialmente legitimada que le otorga peso y autoridad a sus actos y a sus recomendaciones que en ningún caso son vinculantes. Su aplicación se deriva, pues, del prestigio de su titular y de la calidad de sus intervenciones”⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Ibíd. pp. 61.

⁶⁹⁵ Guatemala y El Salvador

⁶⁹⁶ Ibíd. pp. 76.

⁶⁹⁷ GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 17

En síntesis, las investigaciones y recomendaciones del Ombudsman deben reunir las siguientes características:

- a) deben de ser gratuitas, carecer de rigurosidad y formalismos y deben ser sumarias y expeditas;
- b) sus resoluciones no sustituyen los actos de la administración; ni tienen carácter jurisdiccional, de forma tal que el Ombudsman ejerce una magistratura de influencia;
- c) su ámbito de acción lo constituye el sector público;
- d) sus resoluciones no son vinculantes;
- e) debe darse publicidad tanto a las recomendaciones que emite como a sus actuaciones, ya que esto es de vital importancia para el fortalecimiento y la legitimidad institucional⁶⁹⁸.

La labor de investigación del Ombudsman, así como la dictación de informes temáticos y resoluciones en las materias de su competencia, permite visibilizar el estado general de los derechos humanos en el país así como situaciones concretas de violación o amenaza de los mismos⁶⁹⁹. En nuestra opinión, su publicidad y difusión entre la ciudadanía es el soporte moral de las recomendaciones que emite a los órganos de la administración, en tanto son las personas llamadas al empoderamiento de sus propios derechos esenciales, quienes ejercen la presión social para que el respeto por sus derechos sea una realidad. Finalmente, la difusión de sus informes y su trabajo permite generar conciencia sobre la cultura de los derechos humanos, lo que contribuye a uno de los principales objetivos del Ombudsman: establecer el respeto por los derechos humanos como eje fundamental en el comportamiento del Estado y de los propios individuos.

A. Aplicación.

En materia indígena, la Investigación dice relación con las quejas o denuncias de personas o pueblos indígenas por la violación de sus derechos tanto individuales como colectivos, así como aquellas asumidas por iniciativa propia frente a dichas violaciones.

En esta materia, el Ombudsman de Colombia ha recepcionado quejas relativas al derecho al territorio, a la autonomía, a la cultura, al desarrollo propio, o derechos civiles y políticos de personas y comunidades amenazadas, y violaciones del derecho humanitario. Como resultado de su investigación, ha emitido resoluciones constatando la violación de tales derechos y recomendando la adopción de medidas concretas para ponerles freno, que se han articulado con medidas

⁶⁹⁸ Idem. pp. 22.

⁶⁹⁹ AYLWIN, José. **Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina**. EN: BERRAONDO, Mikel (coordinador). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. 2006. pp. 349.

cautelares o provisionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷⁰⁰. También ha emitido informes defensoriales frente a la crisis humanitaria provocada por la presencia de grupos armados en el país, que han determinado la adopción de medidas por parte de las instancias gubernamentales con el fin de proteger los derechos de la población indígena⁷⁰¹.

En Nicaragua, las investigaciones del Ombudsman dicen relación con denuncias de la población indígena en materias relativas al derecho a la vida, a la salud y previsión social, a las formas de organización social, entre otros. Se han dictado resoluciones que confirman la veracidad de los hechos denunciados, y que en parte importante han sido cumplidas por los órganos del Estado⁷⁰².

En relación a los informes temáticos, los Ombudsman de Bolivia, Guatemala y Panamá han desarrollado investigaciones y dictado sendos informes en materia de Derecho a la propiedad y tenencia de tierra, discriminación racial, y sobre estudios de impacto ambiental en materia de megaproyectos ambientales⁷⁰³, respectivamente⁷⁰⁴. En el caso de Guatemala, su informe sobre discriminación racial es un ejemplo además de la articulación de las funciones del Ombudsman con organismos intergubernamentales, en tanto dicho informe fue emitido para el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Racismo y Discriminación Racial.

5.2 *Mediación y conciliación.*

Ambas constituyen un mecanismo de solución de conflictos, a través de los cuales la Defensoría actúa de mediador o conciliador entre la administración y el perjudicado⁷⁰⁵. En opinión de Aylwin, este mecanismo ha resultado ser uno de los más eficaces para el cumplimiento de los objetivos del Defensor, pues le permite actuar como garante en un proceso donde las partes convienen en una solución final del conflicto, que tiene la fuerza vinculante -y moral- de emanar de un acuerdo libremente consentido entre las partes⁷⁰⁶. No obstante, siguiendo a Aylwin, esta facultad no puede ejercerse en caso de violación de derechos considerados irrenunciables por el ordenamiento jurídico, como el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad individual y aquellos considerados de lesa humanidad⁷⁰⁷.

⁷⁰⁰ Idem. pp. 347.

⁷⁰¹ Idem. pp. 348.

⁷⁰² Ibid. pp. 348.

⁷⁰³ Resulta muy destacable la existencia de informes temáticos en materia medioambiental, en relación a los derechos esenciales que se verán afectados por la implementación de un megaproyecto con severo impacto ambiental, en tanto visibiliza y hace pública una situación que, en nuestro país, no recibe cobertura de los medios oficiales, a pesar de la intensa labor ciudadana en ese sentido: Pascua Lama e HidroAysén.

⁷⁰⁴ Ibid.

⁷⁰⁵ AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos Indígenas...** Op. cit. pp. 72.

⁷⁰⁶ Idem.

⁷⁰⁷ Ibid.

A. Aplicación.

Por contrapartida a la indisponibilidad los derechos recién enunciados, sobre los cuales no se podrá ejercer facultades de mediación o conciliación, los Ombudsman latinoamericanos ejercen esta facultad en materias indígenas, en relación a conflictos que impliquen la violación de derechos territoriales, ambientales, y sobre las demandas de reconocimiento jurídico de derechos⁷⁰⁸.

Resulta muy destacable el caso de Bolivia, donde el ejercicio de mediación en materias indígenas se ha llevado a cabo en tres niveles: en los conflictos entre comunidades indígenas por tierras, entre éstas y empresas con megaproyectos de impacto ambiental (mineros, petroleros, forestales, etcétera), y entre las comunidades y el Estado por la reclamación de derechos a la tierra⁷⁰⁹; es decir, entre comunidades, empresas particulares, y el Estado.

En Colombia, el trabajo de mediación ejercido por la Defensoría muestra una dimensión de la función articulante del Ombudsman entre la sociedad civil -en este caso, la comunidad indígena- y el Estado, resolviendo disputas que no dicen relación con directa violación de derechos, sino con las relaciones de coexistencia entre ambos: se ha intervenido en casos relativos a la amplitud o extensión de la jurisdicción indígena en materia ambiental, y la coordinación de la justicia indígena con la justicia Estatal⁷¹⁰.

Otro ejemplo interesante de esta función lo constituye el caso de Ecuador, donde el Ombudsman “impulsó la creación de una red de defensores en derechos indígenas, quienes han cumplido una importante labor en la mediación de conflictos al interior de las comunidades y en el apoyo a la vigilancia y cumplimiento de los acuerdos⁷¹¹”.

5.3 Promoción y educación ciudadana.

También denominada “función educativa”, consiste en la “promoción y divulgación de contenidos sobre derechos humanos, la difusión del mandato del Ombudsman y de programas y políticas de derechos humanos”⁷¹².

⁷⁰⁸ AYLWIN, José. **Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos...** Op. Cit. pp. 349.

⁷⁰⁹ Idem.

⁷¹⁰ Ibid.

⁷¹¹ Ibid. pp. 350.

⁷¹² GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Op. Cit. pp. 22.

Para llevar a cabo esta función, el Ombudsman “se puede coordinar con instituciones nacionales, internacionales y organizaciones de la sociedad civil que tienen competencia en materia de derechos humanos o educación”⁷¹³, lo que tendrá por objeto promover estos derechos desde la propia sociedad civil para la educación popular, desde los órganos de la administración encargados de la educación formal para su enseñanza en este nivel, y desde las Universidades.

En nuestro parecer, la educación constituye una función esencial de su mandato: la efectividad de sus recomendaciones -en tanto exigencia moral para los organismos públicos instados al respeto por los derechos esenciales- depende de la relevancia social que alcance la cultura de los derechos humanos en el ideario colectivo. Esto es lo que propicia el empoderamiento social de las personas en el ejercicio de sus derechos⁷¹⁴. Por otra parte, dijimos anteriormente⁷¹⁵ que la concepción sobre la cultura de derechos humanos en el país donde surge, determina en el Ombudsman sus atribuciones específicas; creemos que la promoción de esta cultura y su difusión en la sociedad conduce necesariamente al fortalecimiento de la propia institución del Ombudsman, que cobrará mayor legitimidad en su actuación y sus dictámenes en la medida en que se visibilice la importancia de los derechos que protege.

A. Aplicación.

En materia de derechos indígenas, la labor educativa del Defensor ha tenido por objeto “tanto la formación en derechos humanos e indígenas de los propios indígenas, como la sensibilización de los distintos sectores de la sociedad y del Estado en relación a ellos”⁷¹⁶.

En Bolivia, la Defensoría realizó una campaña de difusión radial en 300 radios, sobre las funciones del Defensor del Pueblo y de los derechos que corresponden a campesinos y pueblos indígenas en idioma *quechua*, *aymará* y castellano; realizó capacitaciones y formación en derechos humanos dirigidas al mismo grupo; elaboró folletos sobre derechos de los pueblos indígenas en general, derecho a la tierra y otros derechos que les atañen; y llevó a cabo jornadas de capacitación sobre justicia comunitaria y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos⁷¹⁷.

En Colombia, esta función se ha materializado en programas de educación, campañas, centros de documentación sobre derechos humanos e indígenas orientados tanto a empoderar a los sujetos de derechos -pueblos y personas indígenas- como hacia quienes deben hacer cumplir esos derechos⁷¹⁸.

⁷¹³ AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos Indígenas...** Op. cit. pp. 72-73.

⁷¹⁴ Cuestión tratada *supra*, a propósito de las bases para una definición del Defensor.

⁷¹⁵ *Idem*.

⁷¹⁶ AYLWIN, José. **Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos...** Op. Cit. pp. 350.

⁷¹⁷ *Idem*. pp. 351.

⁷¹⁸ *Ibid*.

En Guatemala, la educación se enfoca en el trabajo de apoyo a organizaciones indígenas para la presentación de sus iniciativas y peticiones frente a los órganos públicos⁷¹⁹, lo que implicaría también un trabajo de acompañamiento en el empoderamiento de sus derechos, y en la articulación de sus demandas o expectativas con los órganos de la administración destinatarios de aquellas.

5.4 *Iniciativa legislativa y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.*

Esta facultad consiste en presentar proyectos o anteproyectos de ley en materias de su competencia, en cuyo ejercicio “se consigna la posibilidad de que el Defensor promueva reformas legales destinadas a modificar normas consideradas lesivas a los derechos humanos, perfeccionar el ordenamiento jurídico mediante la adopción de nuevas leyes y promover la firma y ratificación de tratados internacionales de derechos humanos”⁷²⁰, armonizando el ordenamiento jurídico interno con el internacional en esta materia.

A. Aplicación.

El Ombudsman ha ejercido esta atribución en materia de derechos de pueblos y personas indígenas, tanto a nivel legal como constitucional.

El Ombudsman de Bolivia ha impulsado propuestas legislativas que involucran a los pueblos indígenas, tales como aquellas relativas al régimen agrario y el derecho a la tierra y los recursos naturales, la legislación en contra de la discriminación y la ley de hidrocarburos. A nivel constitucional, ha impulsado propuestas de reforma en relación a los mismos derechos, y a la ampliación de derechos humanos reconocidos en la Constitución⁷²¹.

En Nicaragua, el Defensor del Pueblo ha promovido la ratificación del Convenio 169 de la OIT, iniciativas legales en materia de propiedad comunal, la Ley general para los pueblos indígenas del Pacífico y el Reglamento de la Ley de Autonomía⁷²².

En Perú, el Ombudsman ha promovido reformas constitucionales con miras al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas; en materia legislativa, su labor se ha desarrollado en materia de derecho consuetudinario indígena⁷²³.

⁷¹⁹ Ibid.

⁷²⁰ AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos Indígenas...** Op. cit. pp 73.

⁷²¹ AYLWIN, José. **Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos...** Op. Cit. pp. 352.

⁷²² Idem.

⁷²³ Ibid.

5.5 Ejercicio de acciones constitucionales y judiciales, impulso de denuncias internacionales.

En procedimientos constitucionales, el Ombudsman tiene legitimación activa en casos de vulneración de derechos fundamentales reconocida por la Constitución, patrocinando acciones de este tipo como recurso de amparo o hábeas corpus y recurso de protección⁷²⁴. No obstante, se ha asumido como presupuesto habilitante del ejercicio de estas acciones, el carácter discrecional y excepcional de la actuación defensorial; la defensoría priorizará casos emblemáticos o aquellos en que el inculpado se encuentra en situación de indefensión⁷²⁵. Esto tiene sentido si atendemos el carácter fundamentalmente mediador de la institución (en general), en tanto busca soluciones por la vía amistosa antes que por una decisión jurisdiccional. Esta función está vinculada a la de asesoramiento en la interposición de acciones constitucionales (que no implican necesariamente su patrocinio), la que puede materializarse en la orientación procedimental o en la capacitación⁷²⁶.

En materia de responsabilidad penal, durante el transcurso de su investigación, el Ombudsman puede verificar la existencia de un ilícito penal, en cuyo caso deberá traspasar los antecedentes al Ministerio Público; en algunos casos podrá iniciar los procedimientos judiciales pertinentes, y deberá contribuir con los resultados de su propia investigación en la decisión que pueda adoptar el juez⁷²⁷.

En materia internacional, el Ombudsman podrá recurrir a instancias intergubernamentales de protección de los derechos humanos, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de nuestra región. Esta facultad de accionar ante estos organismos se vio reforzada por la Asamblea General de la OEA, mediante una resolución del año 2000 en la que expresó: "Encomendar al Consejo Permanente que, en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano, promueva la participación de aquellas instituciones nacionales involucradas en la promoción de los derechos humanos, tales como los Defensores del Pueblo (...) Ombudsman u otras figuras equivalentes"⁷²⁸.

Finalmente, cabe hacer notar que el ejercicio de acciones jurisdiccionales por parte de las Defensorías, podría hacer cumplir por la vía judicial las recomendaciones contenidas en sus informes dirigidos a un órgano en particular, en caso de que este último haga caso omiso de tales recomendaciones frente a la

⁷²⁴ AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos Indígenas...** Op. cit. pp 74.

⁷²⁵ Idem.

⁷²⁶ Ibid.

⁷²⁷ CUELLAR MARTÍNEZ, Roberto. Op. Cit. EN: AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos Indígenas...** Op. cit. pp 75.

⁷²⁸ Idem.

vulneración de derechos⁷²⁹. Si consideramos un caso hipotético donde la recomendación dirigida a un órgano de la administración consista en terminar con una situación de hecho que genera indefensión o vulneración de derechos fundamentales (desde luego, si tal órgano es el titular de la obligación), y aquél no acate la recomendación, se le podría obligar a llevarla a cabo mediante el ejercicio de una acción constitucional o administrativa, según corresponda, en cuyo caso esta hipótesis resulta efectiva.

A. Aplicación

Aylwin apunta que, a pesar de que la mayoría de las Defensorías de la región contemplan dentro de sus atribuciones la facultad de accionar judicialmente en materia constitucional o penal, solo las Defensorías de Colombia y Costa Rica han hecho uso de estas atribuciones. En este último caso, sus acciones judiciales estuvieron dirigidas contra la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, por su inacción e incumplimiento de sus funciones legales. Tales acciones resultaron en la solución de una situación de indefensión en la que se encontraban las comunidades indígenas, y en una oportunidad al Estado de articular de mejor forma las acciones que garanticen el respeto y disfruto de sus derechos fundamentales⁷³⁰.

6. Estado de la legislación en Chile.

En nuestro país, se encuentra en su segundo trámite legislativo, en el Senado, una reforma constitucional que crea la figura del Defensor de las Personas, presentada en diciembre de 2008 y aprobada en marzo de 2009. En los anteriores gobiernos de la Concertación, se habían presentado mociones similares, con mayor o menor grado de autonomía y con diversas denominaciones: Defensor del Pueblo, bajo el gobierno de Patricio Aylwin; Defensor Nacional del Usuario, en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz – Tagle; y Defensor del Ciudadano, en el gobierno de Ricardo Lagos.

El motivo expuesto en el Mensaje presidencial para su creación consiste en contar con un órgano especializado y autónomo para la protección de los derechos de las personas cuya misión fundamental esté centrada en la tutela de los derechos fundamentales de los particulares, a través de la fiscalización de la actividad de las autoridades administrativas. Su creación tendrá por objeto consolidar el respeto por el derecho de las personas, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales, y favorecer el proceso de modernización del Estado, al detectar

⁷²⁹ Ibid.

⁷³⁰ AYLWIN, José. **Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos...** Op. Cit. pp. 355.

falencias en el accionar de los servicios del Estado y mejorar las políticas públicas⁷³¹.

Los sujetos pasivos de control serán los órganos de la administración del Estado y personas jurídicas de derecho privado que tengan concesión del Estado u operen previa licitación y que ejerzan utilidades de servicio o utilidad pública. Esto último resulta una novedad respecto del modelo latinoamericano, que por regla general circunscribe su ámbito de fiscalización sólo a los órganos de la administración. Esto se entiende, según el Mensaje contenido en el proyecto de reforma, porque buena parte de los servicios públicos están concesionados a particulares, que deben responder de su actividad prestacional.

Las atribuciones del Defensor de las Personas que contempla el proyecto de reforma constitucional son las siguientes⁷³²:

1. Tramitación de quejas y reclamos, y mediación ante los organismos públicos que correspondan.
2. Podrá acceder a la información de las entidades requeridas, las que estarán obligadas a prestarle colaboración
3. De oficio o a petición de parte, formulará observaciones, recomendaciones o sugerencias a las respectivas autoridades o emitir informes, dentro del ámbito de su competencia, los que no serán vinculantes.
4. Podrá interponer recursos y acciones constitucionales y legales respecto de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales vigentes.

Esta facultad se ejercerá tanto respecto de los organismos públicos o entidades privadas responsables de la prestación del servicio de utilidad pública de que se trate, como también respecto de los organismos fiscalizadores de aquellas actividades. El interés que persigue con el ejercicio de esta función será la obtención de medidas correctivas para las situaciones abusivas o lesivas que detecte, y para lograr que éstas no se repitan.

En términos generales, compartirá algunas de las funciones y atribuciones de sus pares latinoamericanos. Pero no se hace mención a sus facultades en materia educativa en la promoción y protección de los derechos esenciales, ni tampoco a atribuciones en iniciativa legislativa. En todo evento, una Ley Orgánica Constitucional definirá en detalle las atribuciones necesarias para cumplir con su objeto, por lo que resulta incierto aún determinar su ámbito específico de influencia en relación a las facultades que podrá o no ejercer el futuro Defensor de las Personas en Chile.

⁷³¹ Mensaje N° 1148-356, del 1 de diciembre de 2008, con el que se inicia un Proyecto de Reforma Constitucional que crea la Defensoría de las Personas. Disponible en <http://www.bcn.cl>

⁷³² Idem.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

En la cuestión mapuche y la demanda por las tierras antiguas - actualmente en manos de empresas forestales, hidroeléctricas o particulares- el ejercicio de derechos reconocidos internacionalmente a los pueblos originarios (reconstrucción de territorio ancestral) aparece en el escenario nacional como un acto subversivo desencadenante de un tratamiento jurídico penal especialmente severo.

Las ocupaciones de territorio ancestral por parte de comuneros mapuche ha sido perseguida por el ministerio público ya a través de los delitos de usurpación como desacato.

En un primer nivel conclusivo puede afirmarse que si el ejercicio de derechos reconocidos internacionalmente es un delito de usurpación, subyace a esta idea la construcción de una normativa penal con prescindencia de consideraciones relativas al reconocimiento de las diferencias, como por ejemplo, de los pueblos indígenas. El art. 54 de la ley 19.253 reconoce a la costumbre indígena los efectos de eximente o atenuante de responsabilidad penal cuando no estuviere en contra de los derechos garantidos por la Constitución. Las bases de la institucionalidad en la carta fundamental reconocen los derechos humanos (art. 5 inciso 2) pero no reconocen los derechos de pueblos originarios.

Ahora bien, no solo se ve afectado el derecho de mapuche a reconstruir sus territorios ancestrales sino también su derecho a la propiedad (art. 19 N°24), el

que debe entenderse conforme al concepto que de este derecho entrega la corte interamericana, omnicompreensivo de territorios ancestrales.

En segundo nivel conclusivo, hemos observado que en varios casos de usurpaciones los tribunales han estimado la existencia de un error de prohibición consistente en la conciencia de los imputados de que el terreno no es ajeno, sino que les pertenece, es decir, un error dado que se cree actuar amparado en una causal de justificación (art. 10 N°10 CP, ejercicio legítimo de un derecho) lo que eliminaría la culpabilidad de sus conductas. Por tanto, en este punto los tribunales parecieran más proclives al reconocimiento de los pueblos originarios que el mismo constituyente y que el mismo legislador.

En un tercer nivel conclusivo, mas bien en el plano práctico, normalmente, y como se ha visto, estas ocupaciones traen consigo procedimientos policiales en los que se abusa de la fuerza, llegando incluso a causar muertes (Caso comunero Mendoza Collío, a quien se le dispara a pocos metros de distancia, en una ocupación, a plena luz del día). Es aquí donde los investigadores no podemos sino concluir que entonces, el ejercicio de los derechos reconocidos internacionalmente a los pueblos originarios, en la práctica, es un delito.

SEGUNDA:

De acuerdo a nuestra visión, en las ocupaciones de territorio ancestral existe una causal de justificación (y no un error de prohibición como proponen los tribunales), basada en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 10 N°10 del Código Penal), causal de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta. Estamos conscientes que contra esta postura puede argumentarse que se trata de una hipótesis de realización arbitraria del propio derecho. Esta hipótesis no es admitida en nuestro ordenamiento jurídico como eximente de responsabilidad penal ni por la vía de la justificación ni de la exculpación toda vez que existen normativa expresa que impide esta realización cuando se colman las exigencias de algún tipo penal (así art. 471 CP). No obstante, objetamos esta idea toda vez que la tal “arbitrariedad” en el ejercicio del derecho es inexistente.

El derecho internacional vigente en Chile, especialmente a través del Convenio 169, reconoce a través de su aplicación e interpretación por la CIDH el derecho de los indígenas a sus territorios ancestrales y el derecho a la recuperación de éstos cuando han sido ilegítimamente despojados de ellos, normas todas las cuales limitan el ejercicio de la soberanía del Estado conforme al art. 5 inciso 2 de la CPRCH. Por tanto, son los ocupantes (comuneros) – y no otros (forestales, particulares)- los dueños de los terrenos ocupados. De esta forma, si bien puede quedar colmada la tipicidad en un delito de usurpación (y aún ésta es discutible), la antijuridicidad no puede colmarse, ni en su aspecto formal (toda vez que no se trataría de un acto contrario al ordenamiento jurídico de acuerdo a la normativa internacional y constitucional citada), ni tampoco en su aspecto material (toda vez

que no existiría lesión a un bien jurídico, ya que ese bien jurídico pertenece a los comuneros).

TERCERA:

Entendiendo que el control social es un dispositivo biopolítico que ha sido utilizado con largueza en el caso de las comunidades según se trató en la primera parte de la investigación, cabe concluir que el Estado tiene un interés en mantener la situación de explotación forestal, agrícola e hidroeléctrica en la zona, debido a los ingresos que ello genera. El reconocimiento de los derechos de pueblos originarios a su territorio y la reconstrucción del territorio ancestral amenazaría la posibilidad del Estado de aplicar políticas públicas, financiadas en buena parte por los impuestos que pagan empresas forestales, hidroeléctricas y grandes agricultores. Desde esta perspectiva, la autonomía territorial indígena amenaza el biopoder.

Es por esto que el biopoder reaccionará de manera más o menos violenta ante las “resistencias organizadas” que se apartan de los canales de participación que el Estado les ofrece, sin entrar a considerar si estos canales de participación sirven o no al objetivo central. Se han hecho fuertes críticas a la política de la CONADI sobre compra de terrenos y la relocalización de comunidades.

La manera de reacción del Estado contra las resistencias es a través del sistema penal, constituyéndose en este sentido en una una forma de aseguramiento de la biopolítica, especialmente grave contra el cuerpo de los individuos y el cuerpo social cuando lo que está en disputa son los pilares fundamentales del sistema económico y político: la propiedad privada.

CUARTA:

Al sur del Bío Bío el sistema penal se suspende a sí mismo precisamente para garantizar su continuidad, dando forma legal a lo que en un Estado democrático no puede tener forma legal. Esto es lo que Agamben denomina “estado de excepción”, y que es coincidente con lo que conocemos como “Derecho penal del enemigo”, aplicable en definitiva a los no integrables en el sistema político, quienes en la medida que huyen de manera duradera del derecho son “enemigos” (Jakobs).

Las políticas públicas en materia indígena apuntan a reconocer a mapuche como ciudadanos, categoría que adquirirán en la medida que hayan puesto su nuda vida a disposición del poder político (bio-política). Por tanto, el Estado de Chile está lejos del reconocimiento de la autonomía, mas bien su política pública apunta a la integración social de los pueblos originarios con el consiguiente riesgo de aculturación. Mapuche organizado para reconstruir su territorio ancestral fuera de los cauces institucionales es un no integrable, por tanto un enemigo. Esta idea de

mapuche como ser “anormal” se repite a lo largo de la historia, y por ello no se les considera sujetos de derecho, sino mas bien objeto de control social, y de ahí los dispositivos biopolíticos (control social y control penal) utilizados en relación a ellos.

QUINTA:

El tratamiento penal que se observa en relación al conflicto mapuche es una manifestación del derecho penal del enemigo pues se ha privilegiado la aplicación de leyes penales especiales, todas pertenecientes al campo del derecho penal político. Desde la aplicación inicial de la ley 12.927, sobre Seguridad del Estado (1998-2000), en la que los ilícitos cometidos en el contexto de la demanda por las tierras antiguas eran considerados delitos políticos, pasando por la aplicación de la ley 18.314, sobre conductas terroristas (2001-2006), en la que ilícitos de igual naturaleza pasaron a ser calificados como delitos de terrorismo; la posterior y efímera aplicación de la ley penal común para ilícitos similares (2006- 1er. semestre 2008), hasta el resurgir nuevamente de la ley 18.314 (octubre 2008-2009).

Las leyes aplicables rediseñan el ordenamiento jurídico penal vaciándolo de garantías. Es así como hemos encontrado manifestaciones de cada una de las características del derecho penal del enemigo tanto en la ley de Seguridad del Estado como en la ley de conductas terroristas.

La calificación jurídica de las conductas ha sido discrecional en función de los distintos gobiernos de turno, lo que realza el carácter político del conflicto y la utilización del derecho penal como herramienta de defensa social en función de determinados intereses. Paradigmático a estos efectos es el **caso Poluco Pidenco**, en el que existen distintas calificaciones – y por ende- distintas penas, para los mismos hechos, mismas alegaciones de parte del Ministerio Público, mismas alegaciones de la Defensoría Penal, todas ante el mismo tribunal, calificaciones jurídicas realizadas según los lineamientos político criminales imperantes al momento de dictar sentencia.

TRIBUNAL	RIT	FECHA	IMPUTADO	CALIFICACIÓN y DECISIÓN
TOP Angol	21-04	22-08-2004	C/ José Huechunao y otros	Incendio terrorista Condena 10 años y 1 día
TOP Angol	21-04	03-05-2005	C/ Juan Carlos Huenulao	Incendio terrorista Condena (10 y años y 1 día

TOP Angol	21-04	07-07-2006	C/ José Cariqueo y otro	Incendio común Absolución falta de participación
TOP Angol	21-04	14-02-2007	C/ José Llanquileo	Incendio común. Condena 5 años y 1 día
TOP Angol	21-04	28-05-2008	C/Luis Catrimil	Incendio común Condena 4 años

Cada vez que se califica la conducta como terrorista, lo que ha sucedido en las sentencias condenatorias, y está sucediendo en las formalizaciones de imputados durante 2008 y 2009, los tribunales estiman que los ilícitos cometidos en el contexto de la demanda territorial tienen por finalidad causar temor en una parte de la población, constituida por las empresas forestales, agricultores y particulares dueños de predios. Finalidad que estaría acreditada por el hecho de obedecer a un plan premeditado de atentar contra una categoría de personas (las indicadas), o a través de la presunción contenida en el art. 1 N°1 de la ley 18.314. Presunción que, tal y como señaló en su último fallo el TOP de Angol (7 julio 2006, RIT 21-04), *“...se encuentra en contraposición con lo consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que prohíbe que se pueda presumir de derecho la responsabilidad penal... (y) en abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia que en nuestro país tiene rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta fundamental asegura respetar y garantizar en el inciso segundo de su artículo 5°, encontrándose entre tales tratados la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1999...”*

Se ha observado en varios fallos una tendencia a estimar que la presunción comentada puede darse por establecida con el uso de cualquier medio capaz de causar estragos. Sin embargo, la ejemplificación que realiza el art. 1 N°1 de la ley 18-314 es clara, debe tratarse de medios idóneos para causar dichos estragos como por ejemplo: artefactos explosivos o incendiarios, sin que puedan estimarse como tales y capaces de acreditar finalidad terrorista aquellos medios no catastróficos, tales como botellas plásticas con bencina. En este sentido se pronunció – lamentablemente en un fallo aislado- el TOP de Angol: *“...en cuanto al criterio objetivo respecto del cual se configura la finalidad en cuestión, relativa a la naturaleza y de los efectos de los medios empleados, los hechos dados por acreditados son precisamente aquellos que configuran el tipo penal incendio calificado de bosques (...) el “empleo determinado de medios que naturalmente sean idóneos para ocasionar grandes estragos”, no califican de terrorista el ilícito sino que precisamente son los elementos que configuran el ilícito penal de incendio de bosques, considerar lo contrario vulneraría abiertamente el principio del “Non Bis In Idem”. (14 febrero 2007, RIT 21-2004)*

SEXTA:

Los delitos de terrorismo por los cuales se ha formalizado y condenado a mapuche son delitos contra la propiedad por medios catastróficos, concretamente incendios terroristas, lanzamiento de artefactos explosivos o incendiarios. A este respecto cabe considerar:

a) que la propiedad en la normativa antiterrorista internacional sólo está protegida en su función social, tal como se desprende del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. Esta protección de la propiedad a través de la legislación antiterrorista restringida a su función social se explica de un lado en atención a la naturaleza de los bienes jurídicos atacados en los delitos de terrorismo, fundamentalmente el bien jurídico colectivo (orden constitucional democrático), y por otro lado, porque los delitos de terrorismo son los más graves dentro del ordenamiento jurídico punitivo, lo que obliga a restringir al máximo la incriminación de conductas a su través, habida consideración del carácter de ultima ratio del DP.

b) el atentado contra la propiedad privada aún cuando exista riesgo para las personas difícilmente puede colmar las exigencias dogmáticas que – lege ferenda- requieren los tipos penales de terrorismo, el ataque a la propiedad privada que carece de función social no puede configurarse como una conducta capaz de lesionar o poner en riesgo el orden constitucional.

c) A mayor abundamiento, esta clase de delitos, como se vio en el capítulo IV están protegidos de manera más que adecuada mediante la legislación penal común, tanto así que el incendio en el lugar habitado con afectación o peligro para personas (art. 475) tiene una pena mínima de presidio mayor en su grado medio (10 años y 1 día a 15 años), y cuando no fuere en lugar habitado, esto es, sin peligro para las personas la pena es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, esto es, una pena mínima de 5 años y 1 día.

Se ha hecho frecuente en las alegaciones del Ministerio Público, y también en las sentencias que acogen la calificación terrorista, indicar que el incendio de pastizales, bosques, plantaciones de empresas forestales o de particulares (art. 476 N°3 del CP) es un delito de terrorismo debido al riesgo de propagación del fuego. Se ha indicado que lege ferenda esto no es un delito de terrorismo porque afecta a la propiedad privada, la que de acuerdo a la normativa internacional debería estar protegida solo en su función social. De otro lado, cabe aludir al error dogmático en estas alegaciones dado que el riesgo de propagación del fuego es una circunstancia inherente al delito de incendio tal y como se encuentra tipificado en la legislación común, de ahí que la pena establecida por el artículo 476 N° 3 resulte incluso excesiva. No corresponde establecer como circunstancia de agravación el riesgo de propagación del fuego - para la calificación de la conducta como terrorista- en respeto al principio de *ne bis in idem* y por aplicación analógica (*in bonam partem*) del art. 63 inciso 2 del CP.

Por otra parte, se observa una cierta confusión en la interpretación de la normativa antiterrorista por parte de los tribunales, por cuanto de un lado se alega que por el hecho de participar un número determinado de personas con reparto de roles en la comisión de uno o más ilícitos (p. ej. El incendio del fundo Poluco Pidenco) habría evidencia de obedecer a un plan premeditado de atacar contra una categoría de personas (como exige la ley de conductas terroristas).

Estas afirmaciones implican confundir la coautoría como forma de participación en el delito, o el simple concierto para delinquir, con la calificación terrorista de la conducta. El elemento estructural (la organización terrorista) – de lege data- no es exigido en la ley de conductas terroristas. Y aún exigiéndose – de lege ferenda- tendría que tratarse de una organización terrorista o asociación ilícita terrorista. En este sentido, uno de los fallos del TOP de Angol, argumenta de manera profusa y contundente en orden a no dar por acreditada la existencia del delito de asociación ilícita por la sola concurrencia de personas al momento de delinquir, identificándola con el simple concierto (STOP Angol de 28-05-2008, RIT 21-2004).

SÉPTIMA:

La sola aplicación del derecho penal común a ilícitos cometidos en el contexto de la demanda por las tierras antiguas fue una efímera etapa en la política criminal aplicable al conflicto. De un lado observamos que mientras el Ejecutivo en 2006 anunciaba la no aplicación de la ley de conductas terroristas por considerarla improcedente, siendo acogidas estas acertadas reflexiones hechas carne en las defensas por los tribunales al momento de fallar, el ministerio público, insistía en la calificación terrorista de los ilícitos, con lo cual se observó una clara tensión entre estos actores político criminales.

De otro lado, la no aplicación de la ley de conductas terroristas en ese corto período de tiempo no significó, en caso alguno, una disminución de la violencia, toda vez que fueron reformadas normas de derecho penal común, tales como el delito de abigeato, que expandieron la legislación procesal penal mermando ciertas garantías.

A fines de 2008 el ministerio Público insistió en la calificación terrorista en las formalizaciones. Los tribunales acogen estas peticiones, el ejecutivo guarda silencio al respecto, y finalmente es la defensa la única que insiste en la improcedencia de la aplicación de la ley de conductas terroristas.

OCTAVA:

Llama la atención en los datos recopilados y sistematizados, que la mayor parte de comuneros condenados, detenidos o formalizados, son autoridades ancestrales, werkenes o familiares de éstos. Como si la represión se focalizara en este tipo de personas, transformando así la responsabilidad política que pudiera haberles en ciertos hechos, en responsabilidad penal. Así por ejemplo,

detenciones y formalizaciones hermanos Huenchullán, werkenes comunidad Temucuicui y constantes procedimientos policiales en sus casas y de sus familias, Caso del menor P.Q. sobrino de dirigente Queipul, comunidad de Temucuicui, Caso Marcelo Catrillanca, hijo de lonko Juan Catrillanca, comunidad Temucuicui, (S. Tribunal de Collipulli de 06-03-2001 Rol 29.759, SCA de Temuco de 04-01-2002, Rol 2478, CS de 30-06-2003, Rol 458). Más emblemáticamente recordemos los casos de los Lonkos Pichún y Norín. Comunidad Temulemu (SS. TOP Angol de 14-03-2003 y 27-09-2003, RUC 0100083503-6, SCS de 02-07-2003, Rol 1743-03; SSTOP Angol de 09-11-2004 y 27-07-2005, SCS de 06-04-2005), Werken Víctor Ancalaf, comunidad Choin Lakkenche (SCA de Concepción de 01-06-2004, rol 191-2004), Lonko Cariqueo, comunidad José Guiñón, (STOP Angol de 07-07-2006, RIT 21-2004).

Desde esta perspectiva pudiera indicarse que no existe una criminalización de la demanda mapuche sino una criminalización de las dirigencias. No obstante, esta criminalización acarrea o bien una radicalización del discurso y del accionar en ciertos actores al interior de las comunidades, o bien una victimización en las comunidades.

Los comuneros y comuneras entrevistados observan y experimentan un trato estigmatizante, desigual y discriminatorio por parte de agentes del Estado, especialmente en la comunidad de Temuicui, mostrando especial preocupación por grupos étnicos vulnerables como los niños y los ancianos. Los entrevistados muestran en algunos casos sentimientos de vulnerabilidad, menoscabo o aislamiento, en otros casos rabia, resentimiento, polarización en posiciones, y en ocasiones síntomas de stress post traumático, todo lo cual va mermando la salud de las personas y las comunidades.

NOVENA:

Los canales de participación que el Estado chileno ofrece a actores sociales mapuche han demostrado una especial ineficacia a efectos de satisfacer la demanda territorial, pues no se trata de compra de terrenos ni de relocalizar comunidades, sino más bien de incorporar en la conciencia social y del legislador la necesidad de respetar los derechos de los pueblos originarios en la forma a que nos hemos comprometido a través del Convenio 169.

Tampoco sirven las vías administrativas y judiciales para frenar la violencia policial contra comunidades. Las vías administrativas dicen relación con la “solución” de problemas relativos a tierras (Alto Comisionado para asuntos indígenas), y las vías judiciales tampoco sirven debido a la existencia de la justicia militar, pues cada vez que mapuche es violentado, quien en definitiva conocerá del asunto es un fiscal Militar, que es juez y parte, paradigma de esta desigualdad es el sobreesimiento del homicidio del comunero Alex Lemún a manos del carabinero Treuer (2002).

DÉCIMA:

Con respecto a los efectos psicosociales generados tanto en función del actual contexto de violencia que se vive al interior de la comunidad de Temucuicui, como de la sistemática criminalización de sus demandas territoriales, es posible entender que las alteraciones que estos procesos introducen en la vida cotidiana, marcan un estado de cosas a partir del cual se produce un desequilibrio generalizado en las condiciones de vida de la población, tanto a nivel social, comunitario, cultural y psicológico, marcando un amplio deterioro en los niveles de salud.

En este contexto, el territorio se presenta como un elemento conflictivo tanto al ser objeto de disputas y reivindicaciones, como también a partir de la diferencia cultural que marca entre el pueblo mapuche y la tradición occidental. En torno a él, se articula una serie de procesos psicosociales como la configuración identitaria, los procesos de transmisión cultural y los conflictos con agentes externos. El actual estado de tensión y represión policial dado por la ocupación de estos territorios donde se desenvuelve la vida cultural y material mapuche, desestiman el resguardo de su cultura y niegan sus derechos.

Dicho conflicto, posiciona a gran parte de la población de esta comunidad, en el lugar de víctimas de violencia, tanto material como simbólica, generando un estado de indefensión y desamparo, generando sentimientos de temor, rabia e impotencia.

Si bien estos malestares se presentan en la mayor parte de los grupos que conforman la comunidad, es en las mujeres, los adultos mayores y los niños, donde los efectos del conflicto se expresan en sintomatología psíquica y corporal que disminuye notoriamente la calidad de vida de estas personas. Es en precisamente en los niños donde los efectos aparecen con mayor claridad y se expresan como una repetición de las dinámicas de violencias a las que han sido expuestos, generando un círculo que reproduce y perpetúa esta misma lógica de la agresión.

UNDÉCIMA:

Se ha intentado conceptualizar la figura de una institución que no responde a los estándares institucionales de los órganos de control a los que estamos acostumbrados, esto es, el binomio tradicional de la fiscalización – sanción (administrativa o judicial). El Ombudsman es una **magistratura de persuasión**, cuya efectividad descansa en la legitimidad moral de su titular, en el proceso de nombramiento (si están representados los diversos sectores de la sociedad civil), en la publicidad de sus actuaciones y en los valores de la sociedad democrática que la administración debe respetar y garantizar.

En concreto, proponemos un modelo de legitimidad basado en el paradigma de la participación ciudadana, donde sean las personas, empoderadas en sus propios derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política y por los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, quienes hagan valer estos derechos mediante mecanismos que articulen la demanda social por el respeto a los derechos esenciales. La Defensoría del Pueblo es una alternativa válida - siempre y cuando cuente con las atribuciones específicas que señalamos- para convertir estas demandas individuales en una exigencia social organizada.

En este sentido, debe existir un ejercicio funcional de las atribuciones de un Defensor de las Personas, sobre la base de un modelo “progresivo”, donde cada etapa es presupuesto de la siguiente:

1. Desde la denuncia de violaciones a derechos fundamentales perpetradas por órganos de la administración⁷³³. El efecto de su ejercicio será la generación de conciencia en la sociedad civil de estas situaciones de abuso (existentes y negadas);
2. La promoción de los derechos vulnerados como los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico, cuyo norte será la conformación de una cultura nacional de respeto por los derechos humanos como un ejercicio imperativo, presente y activo de protección de estos derechos por todos los órganos del Estado. Esto tendrá por consecuencia la generación de empoderamiento social -ejercicio ciudadano de autonomía- para exigir el respeto absoluto de estos derechos y el término de las situaciones de hecho y legislativas que propician su vulneración, así como la indefensión de las víctimas de estos atropellos. En la materialización de tales demandas, se formará un movimiento social que abogue por reformas concretas en este sentido; y,
3. La iniciativa legislativa: propuesta del Defensor de las Personas, avalada por la sociedad civil y por una fortalecida cultura de respeto por los derechos fundamentales (instaurada tanto en los órganos del Estado como en la conciencia colectiva) para promover reformas concretas, que materialicen todas las exigencias en este sentido.

Aquí recibe aplicación lo dicho en cuanto a la importancia de una democracia basada en un modelo participativo, que por las razones expuestas resulta un presupuesto fundamental de la efectividad de un Defensor del Pueblo en el cumplimiento de sus objetivos; tal como señala el profesor Mario Ramírez, “el Defensor del Pueblo sólo puede ejercer sus funciones en una Democracia”⁷³⁴ Son las personas, titulares de sus derechos fundamentales, quienes están llamadas a promover reformas orientadas al respeto por sus derechos. El Ombudsman no

⁷³³ En particular, Fuerzas del Orden y Seguridad.

⁷³⁴ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Op. cit., p. 133.

será el titular de tal exigencia, sino el órgano articulador de la conciencia colectiva empoderada en los derechos fundamentales.

RECOMENDACIONES

1. RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA DEMANDA TERRITORIAL MISMA.

PRIMERA: Se estima necesaria una adecuación legislativa al bloque de constitucionalidad que la propia carta Fundamental consagra en materia de derechos humanos, permitiendo el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas. Probablemente una mera “reforma” constitucional sea insuficiente, toda vez que el sistema democrático chileno ha demostrado incapacidad en la salvaguarda efectiva de los derechos humanos a través de sucesivas reformas constitucionales, siendo paradigmático a estos efectos la manutención del sistema binominal.

SEGUNDA: Establecimiento de una Comisión con participación indígena y gubernamental y de expertos internacionales para la determinación de las “tierras antiguas” que conforme a derecho internacional deban ser restituidas.

2. RECOMENDACIONES GENERALES COMO FORMA DE FRENO A LA VIOLENCIA

TERCERA: Establecer una Comisión de Verdad y Reparación destinada a investigar los acontecimientos de los últimos 20 años

CUARTA: Desmilitarización del territorio (Az mapu)

QUINTA: Se tomen medidas sancionatorias respecto de uniformados responsables, que sirvan a los efectos de prevención general. Los meros traslados a otras regiones (donde incluso quedan en mejor situación económica pues perciben asignaciones de zona) no parecen satisfacer una demanda de justicia.

SEXTA: Revisar la formación de las policías a fin de erradicar cualquier resabio de la Doctrina de Seguridad Nacional en su interior. Sería altamente conveniente incorporar en mallas curriculares el estudio de los derechos humanos colectivos, y particularmente los derechos indígenas.

3. REFORMAS LEGISLATIVAS INMEDIATAS COMO FORMA DE FRENO A LA VIOLENCIA.

SEPTIMA: La Defensoría de las personas

Considerando que hasta ahora, como se indicó en la Conclusión Octava, los mecanismos de que dispone el Estado chileno para frenar los excesos de violencia policial al Sur del Bío Bío han demostrado especial ineficacia, trayendo consigo efectos no deseados de criminalización de la demanda por las tierras antiguas y victimización en las comunidades, se estima que es altamente conveniente la aprobación y puesta en marcha de la Defensoría de las personas, con un mínimo de las siguientes atribuciones:

- a) Atribución de investigar -de oficio o a petición de parte- casos de violaciones a derechos humanos, cuyos resultados serán públicos mediante informes sobre casos individuales, o mediante informes temáticos sobre situaciones de carácter general. La publicidad de sus conclusiones permitiría visibilizar situaciones lesivas a los derechos esenciales, con conocimiento de la sociedad civil. Vinculado al informe como resultado de la investigación, la Defensoría tendría que emitir recomendaciones a las autoridades cuestionadas, con el objeto de instar a la adopción de las medidas necesarias - determinadas por la Defensoría- para evitar la reiteración de hechos similares, así como la terminación de las condiciones que posibilitan su ocurrencia.

- b) Moción legislativa en materia legal y constitucional, que posibilite la promoción de reformas en ambos sentidos. Por ejemplo: modificaciones a la justicia militar, en su reforma o derogación; modificaciones a la ley de conductas terroristas; proyectos para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, junto a otras modificaciones complementarias en este mismo sentido. En el horizonte de soluciones globales al conflicto de las tierras antiguas, eventualmente podrá presentar un proyecto de ley expropiatoria de conformidad con el art. 19 N° 24 de la Carta Fundamental.
- c) Emisión de Informes anuales dirigidos al Congreso, relativo a la situación general de los derechos humanos en el país. Cumplirá similar objeto al de la publicidad de sus informes, en cuanto a poner en evidencia ante el órgano legislativo, la situación de vulneración a los derechos esenciales en el marco del conflicto por recuperación de tierras.

OCTAVA: Modificaciones a la LCT

Rediseñar el concepto de terrorismo a fin de adecuarlo a los parámetros de un Estado democrático y los tratados internacionales que Chile ha suscrito y ratificado. Esto supone:

- a) Indicar claramente que el terrorismo tiene una finalidad política que apunta a la destrucción del sistema democrático. Reconocer relevancia a esta finalidad no tiene por qué llevar a la sanción de ideas en un derecho penal del hecho. La relevancia de la finalidad política permite diferenciar al terrorismo de otras manifestaciones de violencia que a pesar de su gravedad no son terrorismo, en otras palabras, impide que el terrorismo sea un cajón de sastre en el que cabe cualquier clase de conductas (como sucede hoy en la legislación chilena).
- b) Incorporar en los tipos penales el elemento estructural, esto es la organización, eliminando el tipo penal de asociación ilícita terrorista como delito autónomo. Si el terrorismo es una estrategia de acción política, la manera mas adecuada de llevarla a cabo es a través de una organización, por tanto, el elemento estructural permite restringir los tipos penales de terrorismo a auténticas manifestaciones de este fenómeno, y a la vez permite distinguir al terrorismo de otras formas de violencia como la no organizada o la espontánea, para las cuales la legislación penal común es suficiente
- c) Restringir el ámbito de los bienes jurídico protegidos en la ley de conductas terroristas a la vida, la integridad física, la salud y la libertad. La propiedad sople debería ser protegida en su función social, debiendo por tanto desaparecer toda referencia a tipos penales que no digan relación con ello, ej. Delitos de incendio cuando no se trate de propiedades públicas o que presten servicios de utilidad social, tal y como lo señala el Convenio para la Represión de Atentados terroristas cometidos con bombas (N.York, 1999) suscrito y ratificado por Chile.

NOVENA: Supresión o Reforma Sustancial a la Justicia Militar

- a) Considerando que la justicia militar ha sido objeto de fuertes críticas debido a la infracción al principio de igualdad que supone, se estima que éste tipo de justicia debe ser suprimida.
- b) De mantenerse ella debería experimentar una reforma sustancial que eliminara la posibilidad de que civiles sean arrastrados al fuero militar, y que cuando se tratase de delitos contra la vida, la integridad física, la salud o la libertad, pudieran ser juzgados por la justicia ordinaria, reservando a la competencia militar solo delitos relacionados con dicho fuero.

DÉCIMA: Tipificación del delito de tortura en el Código Penal.

DÉCIMO PRIMERA: Modificar el párrafo relativo a los delitos de abigeato a fin de:

- a) Suprimir la atribución a la policía para ingresar a comunidades sin autorización judicial y sin hipótesis de flagrancia.
- b) Suprimir la presunción de responsabilidad penal contenida en artículo 448 *quater* del CP relativa al no porte de la guía de despacho o factura al momento de traslado de los animales.

DECIMO SEGUNDA:

Establecer un organismo contralor de la actividad del Ministerio Público, independiente y con autonomía, a fin de vigilar si éste cumple o no con las obligaciones que le impone su Ley Orgánica Constitucional en materia de protección a víctimas de delitos. En este sentido, verificar que los procedimientos policiales de registro y búsqueda ordenados por cada fiscal adjunto se lleven a cabo con pleno respeto de garantías individuales de los registrados y los que con ellos se hallaren.

BIBLIOGRAFÍA

I. AUTORES

1. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepción**. Adriana Hidalgo Editora. 2003.
2. AMAYA, Romina; ARANGUIZ, Julia; LEPE, Alexis; ORELLANA, Carolina. **Violencia en la Araucanía. Investigación prospectiva sobre comunidades Mapuches de la IX Región. Período 2006-2008**. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Depto. Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.
3. ANAYA, James. **Los Derechos de los Pueblos Indígenas**, En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coord.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Bilbao, España. 2006.
4. AMOLEF, Andrea. **La alteridad en el discurso mediático: Mapuches y la prensa chilena II**. En Boletín IFP, año N° 1, N° 7, junio de 2004.
5. ARAVENA, Andrea. **Los mapuches-warriaches; procesos migratorios contemporáneos e identidad mapuche urbana**. Revista América Indígena. Volumen LIX, numero 4, 2003.
6. ARENDT, H. **La condición humana**. Barcelona, Paidós. 2005.
7. AYLWIN, José. **La política del nuevo Trato: antecedentes, alcances y limitaciones**. En El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo

- trato”. Las paradojas de la democracia chilena. YAÑEZ, Nancy, AYLWIN, José. (Ed.). LOM. Santiago. 2007.
8. AYLWIN, José y CORREA, Martín, **Catastro de conflictos y demandas de tierras mapuche en la provincia de Malleco**. Corporación de Desarrollo Indígena (CONADI). Informe y antecedentes recopilados por comunidad, abril de 1995.
 9. AYLWIN, José, *et.al*, **Las implicancias de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile**, Observatorio Ciudadano, Documento de Trabajo N° 10, 2009.
 10. AYLWIN, José. **Los Ombudsman y los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina**. EN: BERRAONDO, Mikel (coordinador). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. 2006.
 11. AYLWIN, José. **Ombudsman y Derechos indígenas en América Latina: Estudio Comparativo sobre el Marco Normativo e Institucional**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2006.
 12. BARÓN QUINTERO. **Legislación y Jurisprudencia. Código Penal, Título XXI, Delitos contra la Constitución**. En *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales, y criminológicos*, Ferré Olivé, J.C. y Anarte Borallo, Publicaciones Universidad de Huelva, 1999.
 13. BASCUÑAN, Antonio. **Informe en Derecho. El delito de incendio terrorista**. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Depto. de Ciencias Penales, sin publicar.
 14. BELLO, Álvaro. **Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones**. En AYLWIN, José (Ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, IEI, Temuco, Chile.
 15. BELTRÁN, Mario. **Poder, imaginario y discurso. Un análisis del conflicto-movimiento Mapuche, Estado chileno, Empresa Privada**. Memoria de Grado. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2006.
 16. BENGOA, José. **Historia del pueblo mapuche. Siglo XIX y XX**, 6ª edición corregida. LOM Ediciones, Santiago, 2000.
 17. BENGOA, José. **Historia de un conflicto. El estado y los mapuches en el siglo XX**. Editorial Planeta. 2ª edición. Santiago Chile. 2002.
 18. BENGOA, José y VALENZUELA, Eduardo. **Economía Mapuche: pobreza y subsistencia en la sociedad mapuche contemporánea**. PAS, Santiago, 1984
 19. BERGALLI, R. **“Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo”**, en *Revista de Ciencias Sociales Sistema*, Madrid, N° 160, enero 2001.
 20. BERGALLI, R.; **Sistema Penal y Problema Social**, Edit. Tirant Lo Blanch, 2003.
 21. BERRAONDO, Mikel. **Pueblos Indígenas ante la aplicación de los derechos humanos**, recurso electrónico, disponible en http://opencms3.udl.es:8080/opencms/galeria_down/2_Mikel_Berraondo_-_Pueblos_indigenas_ante_la_aplicacion_de_los_derechos_humanos.pdf.

22. BOBBIO, Norberto. ***Sobre el fundamento de los derechos del Hombre. En el tiempo de los derechos.*** Editorial Sistema, Madrid, 1991.
23. BOKHARI, Syed. ***Ombudsman: an Introduction.*** Versión electrónica. Disponible En: www.policy.hu/bokhari/Ombudsman_An%20Introduction.doc
24. BUSTOS- HORMAZÁBAL, ***Lecciones de Derecho Penal.***, T.I, Edit. Trotta, 1997.
25. BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director). ***Pena y Estado.*** Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.
26. BRUNNER, José. ***La cultura autoritaria en Chile.*** Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Ed. Granizo Ltda., santiago, Chile. 1981.
27. CÁRDENAS, Adolfo y ANTILEO, Enrique. ***Plantaciones forestales en Chile y su relación con el Pueblo Mapuche,*** en línea <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=388>.
28. CARO CORIA, D. ***Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación,*** Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999.
29. CASANOVA, Catalina y ORTIZ, Rocío. ***Delitos políticos y delitos de terrorismo.*** Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Depto. de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
30. CAYUQUEO, Pedro. ***Hernán Trizano, pacificador de la frontera mapuche.*** Disponible en www.nodo50.org/kolektivolientur.
31. COHEN, Stanley. ***Visiones del control social,*** PPU, BARCELONA, 1988.
32. COMBLIN, Joseph. ***La doctrina de la Seguridad Nacional.*** Revista Mensaje N° 247, Mayo-Abril. Santiago.
33. CONEJERA, Claudio; GUTIÉRREZ, Jorge; PEDRAZA, María; QUINTANA, Luis; y ZUÑIGA, Daniela. ***Los Mapuche, ¿Víctimas o victimarios en el proceso de reivindicación de tierras?*** Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Depto. Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.
34. CORREA, Martín; MOLINA, Raúl; y, YAÑEZ, Nancy. ***La reforma agraria y las tierras mapuche. Chile 1962-1975.*** Lom ediciones. 2004.
35. CORREA, Martín. ***El fundo Santa Margarita, su origen, historia y su relación con las comunidades mapuche vecinas y colindantes.*** Artículo disponible en línea en www.observatorio.cl
36. CUELLAR MARTÍNEZ, Roberto. ***Estándares Mínimos para el Establecimiento y Funcionamiento del Ombudsman.*** Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2002. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet>
37. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. ***La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación.*** Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1998.
38. DEL BARRIO, Álvaro y LEÓN, José. ***Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos.*** Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile. 1990;

39. DÍAZ, Felipe. **Reforma Psiquiátrica y el Tratamiento de Pacientes Psicóticos en Chile: Consideraciones sobre una Administración Biopolítica de la Locura**. Memoria para optar al Título de Psicólogo. Universidad de Chile, 2009.
40. DÍAZ D., Mafalda. **Antecedentes del Defensor del Pueblo**. Hiushistoria, Revista Electrónica. N° 2. Universidad del Salvador. 2005. Disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2da/m1.pdf>
41. DÍAZ-POLANCO, Héctor. **Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios**. Ed. Siglo XXI, México, 1996.
42. DURAN, T. Et Al. **Muerte y Desaparición Forzada en la Araucanía: Una Aproximación Étnica**. KO'AGA ROÑE'ETA, 2000, disponible en <http://www.derechos.org/koaga/x/mapuches/>.
43. ESÓSITO, R. **Biopolítica y Filosofía**. Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid, 2006.
44. FATTAH, Ezzat A. **Terrorist activities and terrorist targets: A tentative typology** (Eds.) Yohan Alexander y Jhon M. Gleason. Behavioral and Quantitative Perspectives on Terrorisms. Nueva York y Oxford: Pergamon Pres, 1981.
45. FLORES GUERRERO, R. **Salud, enfermedad y muerte: Lectura desde la antropología sociocultural**. Revista Mad. N° 10. Mayo 2004. Departamento de antropología, Universidad de Chile. Disponible en <http://revistamad.uchile.cl/10/paper03.pdf>.
46. Foerster, R. **Sociedad Mapuche y sociedad chilena: la deuda histórica**. En Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, Vol. I, N° 2, Santiago. 2001.
47. FOUCAULT, Michel. **Microfísica del poder**, La Piqueta, Madrid, 1992.
48. FOUCAULT, Michel. **Historia de la Sexualidad, volumen I: La voluntad de Saber**. Buenos Aires.
49. FOUCAULT, Michel. **Nacimiento de la Biopolítica**. Ed. Fondo de cultura Económica, Buenos aires, 2007.
50. FOUCAULT Michel. **Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión**. Siglo XXI Editores, Buenos aires, 2002.
51. FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Gedisa, Barcelona, España, 2003.
52. FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio, Población. Curso en el Collège de France (1977-1978)**. Ed. Fondo de Cultura Económica, 2007.
53. FOUCAULT, Michel. **Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975 – 1976)**. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica. 2000.
54. FUENTEVILLA, Cristián. **El Destino Manifiesto en la representación de la Doctrina de la Seguridad Nacional**. Documento electrónico disponible en: www.revistapolis.cl
55. GARCIA LINERA, A. **Estado multinacional. Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la excusión de las naciones indias**. Publicación pendiente.
56. GARCÍA HIERRO, Pedro, **Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho**, en SURRALLÉS y GARCÍA HIERRO (eds.), *Tierra adentro. Territorio y percepción del entorno*, IGWIA (documento nº 39), Compenhage, 2004.

57. GARCÍA HUDGSON, Hernán. **Foucault, Deleuze, Lacan: Una Política del Discurso**. Editorial Quadrata. Buenos Aires, 2005.
58. GARCÍA RIVAS, N. **Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político**. En PJ N° 10, 1984.
59. GARRETON, M. A. y MOULIAN, Tomás. **Procesos y bloques políticos en la crisis chilena, 1970-1973**, FLACSO-Chile, 1977.
60. GARRIDO MONTT, Mario. **Derecho Penal. Parte Especial**. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. 2ª ed. 2002.
61. GÓMEZ, Magdalena. **El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo**. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coord.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Bilbao, España. 2006.
62. GONZÁLEZ, Felipe. **Leyes de Desacato y Libertad de Expresión**. Disponible en http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/desacato_libertad_expresion.pdf.
63. GONZÁLEZ K., MEZA-LOPEHANDÍA, M. Y SÁNCHEZ R. **Relocalizaciones y Derechos Territoriales: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras”**, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Documento de Trabajo N° 6, 2007.
64. GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. **El Defensor del Pueblo. La Experiencia Latinoamericana**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet>.
65. GRAMSCI, Antonio. **Antología**. Siglo XXI editores, buenos aires, 2006.
66. GRÜNBERG, Georg, **Tierras y Territorios Indígenas en América Central**, Revista Asuntos Indígenas, N° 4, 2004.
67. GUEVARA, Tomas. **Las Últimas Familias i Costumbres Araucanas**. Imprenta “Barcelona”. Santiago de Chile. 1913. Tomo VII.
68. GUZMÁN, Jaime. **Seguridad Nacional en la Constitución de 1980**. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. N° 37-38.Vol. 1985.Santiago.
69. HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos**. En: CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho Penal de Enemigo y delitos de Terrorismo. Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo. Abril-Junio 2003.
70. HERNANDEZ, Benito. **Malestar en el control jurídico penal posmoderno**. Revista de Postgrado en Derecho de la UNAM. Vol. 2, N° 2 enero- junio. 2006.
71. HERNÁNDEZ, Isabel. **Autonomía o Ciudadanía Incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina**. Proyecto Regional de Bi-alfabetización sobre temas de Población, CEPAL – CELADE, Santiago, 2003.
72. IBAÑEZ, T. **Poder y libertad**, Edit. Hora, Barcelona, 1982.
73. INCALCATERRA, Amerigo. **Estrategias de vinculación entre las Instituciones Nacionales de promoción y protección de los derechos humanos y las organizaciones de la Sociedad Civil a partir de los Principios de París**. Intervención en el Seminario “El Ombudsman,

- Herramienta de Participación Ciudadana”. México. 2007. Versión en línea. Disponible en: www.hchr.org.mx/documentos/conferencias/Ombudsman.pdf
74. JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. UAM Ediciones, Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1997.
 75. JAKOBS, Gunther. **Estudios de Derecho Judicial**, N° 20, 1999.
 76. JAKOBS- CANCIÓ MELÍA. **Derecho penal del Enemigo**, Ed. Civitas, Madrid, 2003.
 77. JAKOBS, Günther. **Sobre la Normativización de la dogmática jurídico-penal**, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Thonson Civitas, 2003. p. 49
 78. JOCELYN-HOLT, Alfredo. **Arauco indómito**. Artículo publicado en Periódico Mapuche Azkintuwe. Año 5 n° 29 enero - febrero de 2008.
 79. KASTARI, Paavo. **El Ombudsman. El Defensor del Ciudadano**. Fondo de Cultura Económica. México. 1986. En: RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. **Temas para un Derecho de la Humanidad**. Aletia Libros. Santiago de Chile. 1991.
 80. KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Paidós, Barcelona, 1996.
 81. LAMARCA, C. **Tratamiento Jurídico del Terrorismo**, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985.
 82. LAMARCA, C. **La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común**, en ADPCP, N° 42, sept-dic. 1989.
 83. LAPLANTINE, F. **Introducción a la etnopsiquiatría**. Gedisa, Barcelona, 1986.
 84. LARA, Jorge. **Trizano, el Buffalo Bill chileno**, Talleres Gráficos "La Nación", Santiago de Chile, 1936.
 85. LARRAIN, Jorge. **¿América Latina Moderna? Globalización e Identidad**. Lom Ediciones. Chile. 2005.
 86. LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**, Edit. Siglo XXI, 1991
 87. LE BONNIEC, Fabien; MELLA S., Eduardo. **Movimiento Mapuche y Justicia Chilena en la Actualidad: Reflexiones acerca de las Reivindicaciones Mapuche en Chile**. En: AYLWIN, José (editor). **Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno**. Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera. Temuco. 2004.
 88. LEON, Ariel. **Reformas legislativas y pueblos indígenas en Chile durante el gobierno de Ricardo Lagos**. En: YAÑEZ, Nancy y AYLWIN, José (ed.). El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”. Santiago, Editorial LOM, 2006.
 89. LEWIN, Boleslao. **La rebelión de Tupac Amaru y los orígenes de la emancipación Latinoamericana**. Librería Hachette S.A., Buenos Aires, Argentina. 1957.
 90. LILLO, Rodrigo. **Pluralismo Jurídico En Chile. Formulando Un Marco Teórico Para Una Investigación Empírica**, en Resolución de Conflictos en el Derecho Mapuche. Un Estudio desde la Perspectiva del Pluralismo

- Jurídico. Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, Editorial Kolping, Temuco, 2003.
91. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana. Colección Teoría Social.
 92. MAIORANO, José Luis. **Historia del Ombudsman**. Versión electrónica. Disponible en: <http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org/modules.php?name=News&file=article&sid=745>
 93. MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación funcional en América Latina: Los contornos de una sociedad concéntrica y los dilemas de su transformación**. En Persona y Sociedad, Vol. XIV, abril, 2000.
 94. MEDINA, Cecilia, NASH, Claudio. **Materiales de Estudio**. Material no publicado, entregado a los alumnos del Curso Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2004, Segundo Semestre. Facultad de Derecho – Universidad de Chile.
 95. MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge. **Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos**. En Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, Santiago, 1996.
 96. MELLA, Eduardo. **Los Mapuche ante la Justicia**. Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2007.
 97. MELLA, Eduardo; GONZÁLEZ, Karina y LILLO, Rodrigo. **La Política de criminalización del movimiento mapuche bajo el sexenio de Lagos**. En: YAÑEZ, Nancy y AYLWIN, José (ed.). El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”. Santiago, Editorial LOM, 2006.
 98. MESTRE DELGADO, **Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional**, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987.
 99. MEZA BARROS, Ramón. **Manual de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I**. Novena Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile.
 100. MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías. **Expediente Lemún**. Documento de Trabajo, sin publicar. 2005.
 101. MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías. **La Institucionalidad Chilena y sus Límites: Justicia Militar, Derechos Humanos y Democracia**. Versión electrónica. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/opiniones/la-institucionalidad-chilena-y-sus-limites-justicia-militar-derechos-humanos-y-democracia/>
 102. MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías. **Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento**. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, en preparación, 2009.
 103. MONCADA, Belén. **Autoritarismo y Participación en el pensamiento de Jaime Guzmán**. En Anuario Filosófico XXXVI, 2003.
 104. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal. Parte especial**. Valencia. Tirant Lo Blanch, 1996.

105. NAMUNCURA, Domingo. **Ralco: ¿Represa o Pobreza?**, Santiago, Editorial LOM, 1999.
106. NINA, Andrés. **La doctrina de seguridad nacional y la integración latinoamericana**. Revista Nueva Sociedad N° 27, noviembre – diciembre, 1979.
107. NOVOA MONREAL, Eduardo. **Derecho, Justicia y Violencia**, 1968, en Obras escogidas. Una crítica al Derecho Tradicional. Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993.
108. OPAZO, Cristián. **El caso Ralco y los derechos pehuenches en el Alto Bío Bío durante la administración de Ricardo Lagos**. En: YAÑEZ, Nancy y AYLWIN, José (ed.) El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”. Santiago, Editorial LOM, 2006.
109. ORESTES, Héctor, **Carl Schmitt . Teólogo de la política**, Prólogo y Selección de textos, Fondo de Cultura Económica, 2001.
110. PARMELEE, Elizabeth. **Decreto Ley 2568, sus efectos e implicancias**. Documento electrónico disponible en: <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/parm1.html>
111. PÉREZ, Carlos. **Para una Crítica del Poder Burocrático.**; LOM Ediciones; Universidad ARCIS Santiago de Chile, 2001.
112. PINOCHET UGARTE, Augusto. **Política, Politiquería y Demagogia**. Edit. Renacimiento, 1983.
113. PINTO, Jorge. **Crisis Económica y Expansión Territorial: La Ocupación de la Araucanía en la segunda mitad del siglo XIX**, Estudios Sociales, N° 72. Santiago. 1992.
114. PINTO, Jorge. **De la inclusión a la exclusión. La formación del estado, la nación y el pueblo mapuche**. Colección idea, Santiago, 2000.
115. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2001**, documento electrónico disponible en: www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf.
116. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. **“La Legitimación Doctrinal de la Dicotomía Schmittiana en el Derecho penal y Procesal penal del “Enemigo”**”, en Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam Eduardo Novoa Monreal, Ed. Universidad Central de Chile, 2008.
117. PRIETO SANCHÍS, L. **Estudios sobre Derechos Fundamentales**, Edit. Debate, Madrid, 1990.
118. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita**. En Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos. Universidad de Huelva.
119. RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. **Temas para un Derecho de la Humanidad**. Aletia Libros. Santiago de Chile. 1991
120. RAMÓN CHORNET, Consuelo. **Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional**. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.
121. ROBIN, Marie. **Escuadrones de la Muerte. La Escuela Francesa**. Editorial Sudamericana, 2005.

122. RODRÍGUEZ, José. **Derecho Penal Español, Parte Especial**. Madrid, Imprenta Artes Gráficas, 1983.
123. ROUQUIE, Alain. **El Estado militar en America Latina**, Siglo XXI. México. 1984.
124. RUIZ-TAGLE, Pablo. **“Análisis comparado de la función judicial”** En: Revista Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, N° 39, 1990.
125. RUPAILAF, Raúl. **Las organizaciones mapuche y las políticas indígenas del Estado chileno (1970-2000)**, en Revista de la Academia N° 7, Editor Universidad de Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 2002.
126. SAAVEDRA, Sebastián; CAYUQUEO, Álvaro; MONTESINOS, Pablo; y SOLER, Grethel. **Conflicto mapuche y legislación antiterrorista: Análisis crítico para un Estado de derecho Democrático**. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Depto. de Ciencias Penales, 2007.
127. SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio **Historia contemporánea de Chile. Tomo I. Estado, legitimidad, ciudadanía**. Editorial LOM, Santiago, 1999.
128. SHPAYNE, Stanley. **El Fascismo**. Ediciones Altaza S.A., Barcelona, España. 1996.
129. SANDOVAL MOYA, Juan. **Representación, discursividad y acción situada**, Universidad de Valparaíso Editorial, 2004.
130. SEGUEL, Alfredo. **Crónicas de desencuentros: Gobierno de Ricardo Lagos versus Movimiento social mapuche**. En: YAÑEZ, Nancy y AYLWIN, José (ed.) El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”. Santiago, Editorial LOM, 2006.
131. SILVA SANCHEZ, José María. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Edit. Civitas, 1ª edición, 1998, 2ª edición 2001.
132. STEVENHAGEN, Rodolfo. **Conflictos étnicos y Estado Nación**. Siglo XXI Editores. México. 2000.
133. STEVENHAGEN, Rodolfo. **Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas logros y reclamos**. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coord.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Bilbao, España. 2006.
134. STAVENHAGEN, Rodolfo. **La adopción de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, un momento histórico para los derechos humanos (Mensaje del Relator Especial de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas)**, disponible en <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/6B74CFC18196996EC12573560049630F?opendocument>.
135. STUSHLIK, Milán. **La vida en mediaría. Mecanismos de reclutamiento social de los mapuche**. Edición Soles. Santiago. 1999.
136. TOKATLIAN, Juan. **Drogas, Dilemas y Dogmas**. Editorial Tercer Mundo, Bogotá, 1995.
137. TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. **Pueblo Mapuche. Derechos colectivos y territorio: desafíos para la sustentabilidad democrática**. Editorial LOM, Santiago, 2006.

138. TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. **Enclave Forestal Chileno en territorio mapuche**. En Revista de Asuntos indígenas N° 4, 2006. Documento electrónico disponible en www.politicaspUBLICAS.cl
139. TOLEDO, Víctor. **Prima Ratio. Movilización Mapuche y Política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007**. En revista OSAL, N° 22, Buenos Aires, septiembre, 2007.
140. VALDEVENITO, Gerardo. **Evaluación de efectividad del Fomento Forestal en Chile. Periodo 1996-2003**. Resumen de Estudio de caso N° 86 para la obtención del grado de magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas Y matemáticas. Departamento de Ingeniería Industrial. Santiago, Chile. 2005.
141. VALENZUELA REYES, Mylene. **La política indígena del estado chileno y la legislación mapuche**. Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1992, actualizada al 2002.
142. VAN BEBBER, Rodrigo. **Estado-Nación y “conflicto mapuche”: aproximación al discurso de los partidos políticos chilenos**. En Crisis y Conflicto En El Capitalismo Latinoamericano
143. VELÁSQUEZ, Édgar. **Historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional**. Universidad del Cauca. Colombia.
144. VILLEGAS, Myrna. **Derecho Penal del Enemigo y Criminalización del pueblo Mapuche**. Colección Artículos y Conferencias. Ediciones La Cátedra. 2009.
145. VILLEGAS, Myrna. **Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España**. (2 vols.). Tesis doctoral, Facultad de derecho, Universidad de Salamanca, 2002. Disponible en http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2001/villegas_m/html/index-frames.html.
146. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. **Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal**, en Revista Política Criminal N°2, A3, Santiago, Chile, 2006, www.politicacriminal.cl; disponible también en Rev. Pensamiento Penal, N° 42 de 22 diciembre 2006, Buenos Aires, www.pensamientopenal.com.ar.
147. VILLEGAS DIAZ, Myrna. **“El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”**, en Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal. Ediciones Universidad Central, 2008.
148. VON BAER, E. **La cuestión mapuche: Raíces, situación actual y desafíos futuros. En La cuestión mapuche: Aportes para el debate**. Fundación libertad y desarrollo. Santiago, Chile, 2003.
149. WALKER, Ignacio. **El Delito Político**. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1980.
150. WASERMAN, Daniel. **Biopolítica y Mapuche**. Tesis para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (en proceso de evaluación). Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009

151. WILHELMI, Marco. **El derecho de los pueblos Indígenas a la Libre Determinación.** En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coord.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. Bilbao, España. 2006.
152. YAÑEZ, Nancy y AYLWIN, José (Editores). **El gobierno de Ricardo Lagos, los pueblos indígenas y el nuevo trato. Las paradojas de la democracia chilena,** Editorial Lom, Santiago, 2007.
153. YRIGOYEN Raquel. **Tomando en serio y pensando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación.** Disponible en <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=1771&PHPSESSID=5f33901aee31c29ee7090b4>.
154. ZALAUQUETT DAHER, José. **Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo,** Anuario de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2006.
155. ZALAUQUETT DAHER, José. **La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de derechos humanos.** En Revista Perspectivas. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, Vol. 2, Numero especial, Santiago.
156. ZALAUQUETT DAHER, José. **Los Límites de la Tolerancia. a. Libertad de Expresión y Debate Público en Chile.** LOM Ediciones. Santiago de Chile. 1998.
157. ZAMORA, Mario. **La doctrina de seguridad nacional y su impacto en el derecho penal latinoamericano.** Revista Cenipec. Enero-Diciembre. 2006.

II. OTROS DOCUMENTOS

1. GRUPO ACONTECIMIENTO. **Materiales de discusión: Biopolítica ¿Bioguerra?.** En la página web: www.grupoacontecimiento.com.ar.net/spip.php?article295.
2. REPÚBLICA DE CHILE. **Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.** Cuaderno Bicentenario, La Nación, Santiago, 2004
3. COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS. **Los Pueblos indígenas en la Legislación Nacional e Internacional y en el Derecho Comparado.** Documento de trabajo del Proyecto Constitucional de Pueblos Indígenas, Santiago, 1988.
4. CONSEJO INTERNACIONAL PARA ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS. **Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.** Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2005. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet>.
5. **Mensaje del Gobierno al Congreso Nacional sobre el Código Penal. Código Penal.** Republica de Chile. 17ª Edición oficial. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

6. **Declaración de principios del gobierno de Chile.** Santiago, marzo 11 de 1974.
7. **Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.** Sesión 18º, Celebrada en jueves 22 de noviembre de 1973.
8. DASIN. **El pueblo Mapuche: presente y futuro de una raza. Imprenta del Instituto Militar.** Santiago. 1989.+
9. Etnias y Pobreza en Chile, **Encuesta Casen**, 2000.
10. Actas Primer Congreso de movimientos Indios de Sudamérica. Comisión VI: Etnogenocidio contra el indio. Cuzco, Perú. 1980.
11. Memorando Interno **Política Indígena Concertación de Partidos por la Democracia.** Mimeo, Noviembre, 1989.
12. CIDH. Informe Admisibilidad N° 9/02, petición 11.856, Aucan Huilcamán y Otros con Chile. 27 febrero de 2002.
13. FIDH. **Informe de Misión a Chile. “Los Mapuche-Pehuenche y el proyecto hidroeléctrico Ralco en Alto Bio-Bio: un pueblo Indígena amenazado.** Disponible en línea en : www.fidh.org
14. Declaración de Mesa Directiva de Corma, **Terrorismo Rural Contra Empresas Forestales** en CORMA No. 267, abril 1999.
15. CORMA. **Ley de Seguridad Interior para Autores de Incidentes Solicitó la Corma** en CORMA No. 267, abril 1999.
16. **Informe Sobre La Represión Y Criminalización Del Pueblo Mapuche En Chile.** Enero 2008. Misión Conjunta Asociación Americana de Juristas (AAJ), Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH).
17. **Informe de la misión internacional de observación de la violencia institucional en contra del pueblo mapuche en Chile. El Caso de la comunidad de Temucuicui.** Misión Conjunta Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos (CINORODH), Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Bolivia (CEJIS), Ayuda Popular Noruega (APN), Centro de Estudios Legales, Argentina (CELS), Federación de estudiantes U. de Chile (Fech), Amnistía Internacional, Académicos U. de Chile, Académicos U. Central.
18. **Cuarta Encuesta Nacional de Opinión Pública UDP 2008.** Facultad de Ciencias Sociales e Historia. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP. Tema V. Discriminación. Disponible en línea: <http://www.icso.cl/documentos/encuesta-2008/presentacion-final>.
19. **Declaración de San José, Reunión internacional sobre etnodesarrollo y etnocidio en América Latina organizada la UNESCO,** San José, Costa Rica, 7 a 11 de diciembre de 1981. En línea http://www.geocities.com/tayacan_2000/analisisonu.html
20. **Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos.** Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Abril 2007.
21. **Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT,** Organización Internacional del Trabajo.
22. Programa Orígenes, Gobierno de Chile.
23. Anexo N° 1, del reglamento operativo, Programa orígenes, segunda fase, Gobierno de Chile.

24. **Criminalización de la protesta social de los pueblos indígenas en Chile**, documento de trabajo elaborado por miembros del Observatorio Ciudadano en septiembre de 2008, sin publicar.
25. **Discurso del Director Nacional de la Conadi**, Mauricio Huenchulaf Cayuqueo, al renunciar a su cargo, pronunciado el 25 de abril de 1997, disponible en www.mapuche.info/mapu/discurso.htm.
26. **Informe final, proyecto de investigación “Derecho Penal del Enemigo y la Criminalización de las demandas mapuche”**, Universidad Central, octubre de 2008.
27. Análisis de prensa Lunes 10 al Domingo 16 de agosto de 2009: El conflicto mapuche fue la noticia más cubierta por El Mercurio, publicado el 24 de agosto de 2009, en Análisis de Prensa, Política y Economía, Revista sobre Medio de la Escuela de Periodismo de la Universidad Alberto Hurtado, disponible en www.puroperiodismo.cl/?p=2211.
28. Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. **Chile: Indebido proceso. Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuches en el sur de Chile**. octubre de 2004, Vol. 16 N° 5 (B).
29. Informe del Relator especial de la ONU, Rodolfo Stavenhagen: **Derechos humanos y cuestiones indígenas**, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003.
30. SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. “Abigeato: senador **José García Ruminot solicita fiscal especial para sancionar abigeato**”. 24 de junio de 2005. Disponible en www.senado.cl/prontus_ahorvath/site/artic/20050912/pags/20050912111926.html.
31. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. **Informe Estadístico Trimestral. Período Enero-Marzo de 2009**. Disponible en <http://www.defensoriapenal.cl/interior/estadisticas/2009/ene-marzo2009.pdf>.
32. Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas; **“Minuta de hechos de violencia policial ocurridos en comunidades mapuche en el 2006”** investigaciones por el delito de abigeato. Disponible en http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/doc7/minuta_violencia.doc.
33. **Informe diagnóstico y de Intervención Comunidad cacique José Guiñón- Ercilla**. Servicio de Salud Araucanía Norte, 2004.
34. IIDH, **Atención Integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes psicosociales**. Ed. IIDH, San José, Costa Rica 2007.
35. Centro de Políticas Públicas. **Trayectoria de proyectos de reconocimiento 1990-2006**, disponible en www.politicaspUBLICAS.net.

III. PÁGINAS EN LÍNEA E INFORMACIÓN EN OTROS SOPORTES

1. Leigh, Gustavo. **Mensaje Radial, 18:00 hrs. Asunción de la Junta Militar de Gobierno.** 11 de Septiembre de 1973.
2. **Entrevista concedida por el historiador Martín Correa.** Disponible en [<http://www.elquintoinferno.cl/2007/09/11/entrevista-desde-la-clandestinidad-con-rodrigo-huenchullan-cayul/>].
3. www.conadi.cl
4. www.carabineros.cl
5. www.corma.cl
6. www.cmpc.cl
7. <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=355>.
8. <http://blogs.elmercurio.com/cronica/2009/02/13/el-gobierno-invocara-la-ley-an.asp>
9. http://actualidad.terra.es/nacional/articulo/policia_mapuche_muerto_heridos_incidente_1057524.htm
10. <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet>.
11. <http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=503>
12. www.mapuexpress.net/?act=news&id=4333SSID=61b009ff128abe06841dcec290b46951
13. <http://www.pnud.cl/prensa/noticias-2005/12-01-05.pdf>
14. <http://meli.mapuches.org/spip.php?article379>
15. <http://meli.mapuches.org/spip.php?article379>
16. <http://meli.mapuches.org/spip.php?article523>
17. <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=2402>
18. www.theclinic.cl/2009/10/17/allanamiento-en-temucuicui-7-ninos-baleados-ante-testigo-de-conaf
19. http://latercera.com/contenido/680_192607_9.shtm
20. <http://www.radiobiobio.cl/2009/10/20/carabineros-deja-a-machi-atada-frente-a-sus-hijos-durante-allanamiento-en-ercilla/>
21. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/reyes.html>;
22. http://meli.mapuches.org/article.php3?id_article=169

IV. LEYES Y DOCUMENTOS LEGALES NACIONALES

1. Boletín N° 6232-07, Mensaje N° 1148-356, del 1 de diciembre de 2008, con el que se inicia un Proyecto de Reforma Constitucional que crea la Defensoría de las Personas. En segundo trámite constitucional.
2. Código Penal
3. Código Procesal Penal
4. Ley N° 18.314, sobre Conductas Terroristas
5. Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.
6. Ley N° 19.906 de 13 de Nov. de 2003 que modifica la ley 18.314, sobre conductas terroristas.
7. Ley N° 19.806, adecuatoria de la reforma procesal penal, modifica ley de conductas terroristas (D. Oficial de 31 mayo 2002).

8. Ley N° 20.090 que sanciona con mayor rigor el abigeato y facilita su investigación, de 11 de enero 2006.
9. Ley N° 20.405 de 10 de diciembre de 2009, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos.
10. Proyecto 4579 de 4 mayo 2006. Boletín 4188-07. Tramitación terminada. Rechazado.
11. Proyecto 4688 de 5 de julio 2006. Boletín 4298-07. Tramitación terminada.
12. Proyecto 4591 de 10 de mayo 2006. Boletín 4199-07. Carácter: sin urgencia. Primer trámite constitucional en la cámara de diputados.
13. Proyecto 4688 de 5 de julio 2006. Boletín 4298-07. Tramitación terminada.
14. Reglamento de 1823. Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del Gobierno. Libro I, N° 18, Santiago, 1939.
15. Decreto N° 109, del 14 de marzo de 1953.
16. Decreto del 10 de marzo de 1954.
17. Decreto N° 488 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 13 de noviembre de 2001, que da cumplimiento a la Resolución N° 1.373 de 28 septiembre de 2001, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
18. Decreto N° 65 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 11 de mayo de 2003, que crea la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas.
19. Historia de la Ley 19.047 (D. Oficial de 14 de febrero de 1991). Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997.
20. Historia de la Ley 19.027, (D. Oficial 24 de Enero de 1991) que modifica la ley 18.314 sobre conductas terroristas y su penalidad. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Documento de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 1997.
21. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la LCT, 3 de julio de 2006, N° 185-354.

V. LEYES Y DOCUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES

1. Convenio num. 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, Adoptado en la 76ª Conferencia General de la OIT. Ginebra. 1989 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
2. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, aprobado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997. Promulgado por Decreto N.º 519 (Diario Oficial 6 de feb.2002) Decisión Marco sobre Lucha contra el Terrorismo (2002/475/JAI), adoptada el 2002 por el Consejo de la Unión Europea.
3. Documento E/Cn.4/Sub.2/1999/20-22 de junio de 1999, párrafo 265.
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.
5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

6. Resolución 48/134, de 20 de diciembre de 1993. Asamblea General de las Naciones Unidas

VI. JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. STOP de Angol, 23 de septiembre de 2003, contra: Pascual Pichún, Patricia Troncoso Robles y Aniceto Norín, R.U.C.: 0100083503-6.
2. SCA de Santiago, de 13-11- 1992, considerando séptimo (caso Edwards), en GJ N°149, 1992.
3. SCA de San Miguel de 17-5-1993, causa Rol N° 103-93, C/ Roberto Irrarrázabal y otros.
4. S. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 22 de agosto de 2004, contra José Huechunao y otros.
5. S. Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Angol, 3 de mayo 2005, contra José Huechunao y otros.
6. Sentencia de 1ª instancia de 15-9-1992 (considerandos 10, 11 y 12) dictada por la ministro en visita de la Corte de Apelaciones de Stgo. Sra. G. Olivares, en causa Rol N° 49.595-91, contra Paula Carrasco y otros. Confirmada por SCA de 27-10-1992 (núm. 40-561-92).
7. Sentencia de Corte Marcial, N° 1742-87, de 31.07.1991.
8. Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 151-91, de 4.06.1993.
9. SCA de Concepción, 4 de junio de 2004, considerandos 17 y 19, rol de primera instancia N° 191-2002.
10. SCA de Puerto Montt, 13-06-2008, rol N° 92-2008, caratulada "C/ José Benavides Zúñiga Carimoney".
11. STOP Villarrica, de 11-06-2004, RIT N° 41-2004, caratulada "C/ Raúl López Cea". Se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en S.C.A. de Temuco, 26-04-2007, rol N° 398-2007.
12. SCS, 8-01-2009, rol N° 753-2002, caratulada "C/ José Nain Quirilao y otros".
13. STOP de Temuco, 14-06-2002, RIT N° 19-2002, caratulada "C/ Héctor Canio Quidel".

VII. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua* (2001).
2. Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Yake Axa vs. Paraguay* (2005).
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2007).
4. Corte Interamericana, caso *Saramaka vs. Surinam* (2008).

5. Corte Interamericana, caso Palamara vs Chile (225).

VIII. PRENSA ESCRITA

1. Diario El Mercurio.
2. Diario La Segunda.
3. Diario La Tercera.
4. Diario Austral de Temuco.
5. Diario El Gong (Temuco).

IX. PRENSA EN LÍNEA

1. www.mapuexpress.net
2. <http://meli.mapuches.org/>
3. www.tiroalblanco.cl
4. www.terra.cl
5. www.elquintoinfierno.cl
6. www.latercera.cl
7. www.emol.cl
8. www.mapuche.info.
9. www.radiobiobio.cl
10. www.elciudadano.cl