



NO NOS TOMAN EN CUENTA

**PUEBLOS
INDÍGENAS Y CONSULTA PREVIA
EN LAS PISCICULTURAS
DE LA ARAUCANÍA**

CRISTIÁN SANHUEZA
DANIEL SAVER
JAMES CAVALLARO
JORGE CONTESSE
CÉSAR RODRÍGUEZ G.

© NO NOS TOMAN EN CUENTA Pueblos indígenas y consulta previa
en las pisciculturas de la Araucanía
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2013

ISBN:

Editora general
Andrea Palet

Editor
Renato Gazmuri

Diseño
Felicidad

Impreso en Chile por

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-2) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**NO NOS
TOMAN EN
CUENTA**

**PUEBLOS
INDÍGENAS Y CONSULTA PREVIA
EN LAS PISCICULTURAS
DE LA ARAUCANÍA**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



**EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**

ÍNDICE

Acerca del Consorcio	11
Resumen ejecutivo y recomendaciones	13
1. Presentación	19
2. Antecedentes	21
2.1 Contexto socioeconómico	21
2.2 Contexto legal	24
2.2.1 <i>La Constitución</i>	25
2.2.2 <i>La ley indígena</i>	27
2.2.3 <i>La ley ambiental</i>	28
2.3 La ratificación del Convenio 169 de la OIT	28
2.4 Tensiones y avances en la implementación de la consulta previa	29
2.4.1 <i>El Tribunal Constitucional y el carácter autoejecutable de la consulta previa</i>	31
2.4.2 <i>El Decreto Supremo 124 y la regulación de la consulta previa</i>	33
2.4.3 <i>La consulta previa y las leyes sectoriales</i>	38
2.4.4 <i>Jurisprudencia sobre el Convenio 169</i>	42
2.4.5 <i>El acto administrativo: consulta previa versus participación ciudadana</i>	50
2.4.6 <i>La “gran consulta” sobre la institucionalidad indígena</i>	53
3. La entrada en vigencia del Convenio 169 y sus efectos en proyectos emblemáticos	59
3.1 Proyectos privados y los riegos de no consultar: el ducto Celco en Mehuín	60

3.2	Proyectos públicos y los riesgos de no consultar: el nuevo aeropuerto de la Araucanía	64
3.3	La piscicultura y la nueva ola de proyectos de inversión	66
3.3.1	<i>El proceso productivo del salmón</i>	68
3.3.2	<i>Impactos ambientales y sanitarios de la crianza del salmón</i>	69
3.4	Casos emblemáticos en la piscicultura	70
3.4.1	<i>Piscicultura Palguín: Palguín Bajo y Llafenco</i>	70
3.4.2	<i>Piscicultura Quilentue: Cónquil</i>	73
3.4.3	<i>Pisciculturas en Putúe</i>	74
3.4.3.1	<i>Piscicultura Newenco</i>	76
3.4.3.2	<i>Piscicultura Los Ríos</i>	78
4.	Análisis de casos: el derecho a la consulta y su (no) aplicación	81
4.1	El derecho a consulta	84
4.2	Los estándares internacionales sobre la consulta previa y su aplicación	86
4.2.1	<i>La consulta sobre la consulta</i>	87
4.2.1.1	<i>Resumen de las observaciones sobre la aplicación de la “consulta sobre la consulta”</i>	89
4.2.2	<i>El alcance territorial de la consulta y sus implicaciones para los usos tradicionales de la tierra</i>	90
4.2.2.1	<i>Resumen de las observaciones sobre el alcance territorial de la consulta</i>	99
4.3	Los participantes de la consulta previa	106
4.3.1	<i>El Estado debe garantizar una consulta válida y proteger los derechos de los pueblos indígenas</i>	107
4.3.2	<i>Las empresas privadas son responsables de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas</i>	110
4.3.3	<i>Las consultas deben ser específicas para los pueblos indígenas y considerar sus instituciones representativas</i>	114
4.4	Resultados de las observaciones sobre los participantes de la consulta previa	118
4.4.1	<i>Las posiciones de liderazgo en las comunidades mapuche</i>	123
4.4.2	<i>La explotación de la división de responsabilidades dentro de las comunidades</i>	126
4.4.3	<i>Conductas empresariales que violan el principio de representatividad</i>	129
4.4.4	<i>La falta de procedimientos diferenciados</i>	130
4.4.5	<i>Titulares privados y obstáculos a la participación efectiva de los representantes indígenas</i>	132

4.5 Mecanismos de consulta	136
4.5.1 Consulta previa	137
4.5.1.1 Resultado de las observaciones sobre la consulta previa	141
4.5.2 Consultas de “buena fe”	147
4.5.2.1 Resultados de las observaciones sobre la consulta “de buena fe”	151
4.5.2.1.1 Putúe	153
4.5.2.1.2 Palguín	158
4.5.2.1.3 Cónquil	161
4.5.3 Consultas informadas	162
4.5.3.1 Resultado de las observaciones sobre la consulta informada	165
4.5.4 Consultas culturalmente apropiadas	173
4.5.4.1 Resultado de las observaciones sobre la consulta culturalmente apropiada	176
5. Conclusiones	181

SIGLAS

CASEN	Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional
CEPI	Comisión Especial de Pueblos Indígenas
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONADI	Comisión Nacional de Desarrollo Indígena
CONAMA	Comisión Nacional del Medio Ambiente
COREMA	Comisión Regional del Medio Ambiente
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
ENDESA	Empresa Nacional de Electricidad Sociedad Anónima
MIDEPLAN	Ministerio de Desarrollo Social
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SEREMI	Secretaría Regional Ministerial
TC	Tribunal Constitucional

ACERCA DEL CONSORCIO NORTE-SUR EN DERECHOS HUMANOS

El año 2009, y gracias a un esfuerzo compartido, se funda el Consorcio Norte-Sur en Derechos Humanos. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, dirigido entonces por el profesor Jorge Contesse, junto al Programa de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard –en esa época, bajo la dirección ejecutiva del profesor James Cavallaro– y el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes (Colombia), dirigido por el profesor César Rodríguez Garavito, fueron los encargados de darle forma al proyecto, que desde entonces opera bajo la coordinación de los tres académicos. A esta iniciativa, cuya finalidad es promover la investigación y práctica en derechos humanos por medio del intercambio de información y experiencias entre profesores y estudiantes, se sumó el año 2012 la Universidad de Stanford, por medio de su nueva Clínica de Derechos Humanos y Resolución de Conflictos, dirigida por el profesor Cavallaro.

Entre 2009 y 2012, el Consorcio dedicó sus esfuerzos a investigar el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas en Colombia y en Chile. Para ello, académicos y estudiantes desarrollaron un exhaustivo programa de investigación que incluyó viajes a diversos lugares con el fin de entrevistarse directamente con los involucrados: líderes indígenas, expertos, funcionarios públicos y líderes de la sociedad civil. Al mismo tiempo, se desarrolló un trabajo de revisión de la documentación que permitiera dar cuenta de los desafíos y obstáculos que deben enfrentar los Estados en esta materia. Se trata de un trabajo colectivo inédito entre instituciones del sur y del norte que, además de este informe (que ha sido financiado íntegramente por las instituciones participantes), ha realizado presentaciones ante organismos estatales, como el Ministerio de Desarrollo Social en Chile o la Corte Constitucional colombiana, y el seguimiento de los temas de interés que conforman la agenda de trabajo.

Participaron en este informe:

Por el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes

Natalia Orduz
Camila Soto
César Rodríguez Garavito (coordinador)

Por el Programa de Derechos Humanos de la Universidad de Harvard

Daniel Saver (investigador principal)
David Attanasio
Hannah Bolt
Ana Lise Feliciano Hansen
Elizabeth Forsyth
Melinda Kuritzky
Elizabeth Stork
James Cavallaro (coordinador)

Por la Clínica de Derechos Humanos y Resolución de Conflictos de la Universidad de Stanford

Adelina Acuña
Alexia Romero
Jennifer Ingram
Ada Sheng (abogada)

Por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales

Cristián Sanhueza (investigador principal)
Valentina Maturana
Francisco Cañas
Domingo Lovera
Jorge Contesse (coordinador)

RESUMEN EJECUTIVO Y RECOMENDACIONES

En septiembre del año 2009 entró en vigencia en Chile el Convenio 169 de la OIT, uno de los instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos de los pueblos indígenas, con estándares plenamente vinculantes para los Estados que lo ratifican (entre los que destacan varios países de América Latina, así como algunos europeos).¹ La ratificación del Convenio responde, además, a una de las reivindicaciones más importantes y antiguas que los pueblos indígenas levantaron cuando Chile recuperaba la democracia, a fines de la década de los ochenta. Por todo ello, su puesta en práctica es uno de los pasos más relevantes que ha dado nuestro país para la vigencia efectiva de los derechos que se reconocen a dichos pueblos.

El pueblo indígena más numeroso que existe en el territorio de Chile (y que también está presente en Argentina) es el mapuche. Los mapuche han llevado adelante importantes procesos de reivindicación de tierras, con especial fuerza en las últimas décadas, amparados en la necesidad de nuestro país de ratificar el Convenio 169, que ya había entrado en vigencia en el sistema internacional. Paralelamente, se han desarrollado varios proyectos de inversión en territorio mapuche, rico en recursos naturales, lo que ha generado –al igual que en otros países– fuertes tensiones sociales y conflictos, en algunos casos incluso violentos, que han distanciado las confianzas entre los indígenas y los órganos estatales. En este contexto, la implementación del Convenio 169 es una oportunidad de buscar acuerdos que permitan superar conflictos que han generado muchísimas pérdidas, incluso en vidas humanas.

En este informe se revisa exhaustivamente la manera en que el Convenio ha sido llevado a la práctica, analizando la situación concreta del derecho de consulta previa en el contexto del desarrollo de proyectos de piscicultura en la Araucanía, una de las actividades económicas más importantes en una región con alta concentración de población

1 Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), 76ª Sesión, Ginebra, 27 de junio de 1989. Entrada en vigencia el 5 de septiembre de 1991.

mapuche. Para ello, entre los años 2010 y 2012 investigadores del Consorcio, bajo la coordinación de los profesores Jorge Contesse, James Cavallaro y César Rodríguez Garavito, visitaron varias comunidades indígenas, se entrevistaron con sus líderes y dirigentes, así como con funcionarios estatales, organizaciones no gubernamentales y expertos en temas ambientales y en derechos de pueblos indígenas. Junto con ello se revisó una serie de fuentes documentales de diversa índole.

La investigación desarrollada muestra que la aplicación del Convenio 169 presenta problemas en diversos ámbitos. Destaca el carácter sectorial de la legislación chilena, principalmente por la inexistencia de un cuerpo normativo que unifique los requerimientos de participación y consulta en atención a los estándares internacionales. Así, solo las exigencias que establece la ley ambiental abren un espacio para la intervención de los pueblos indígenas ante proyectos de desarrollo. La precariedad e insuficiencia de dichos espacios de participación efectiva lo demuestra el que solo los proyectos de desarrollo que son evaluados como “estudios” de impacto ambiental contemplan alguna forma de participación, la que sin embargo no satisface plenamente las normas internacionales que obligan a Chile. Los proyectos que afectan en menor medida el ambiente ingresan solo como “declaraciones”, mecanismo que no da espacio de participación para las comunidades y otros grupos afectados. Así, en la práctica buena parte de las decisiones administrativas (de aprobar, rechazar o modificar proyectos) se ha tomado al margen de la opinión de los pueblos indígenas, que sin embargo son los principales afectados con dichas decisiones; y, en los pocos casos en que han podido participar en el proceso de evaluación ambiental, los procedimientos no cumplen con las exigencias de la consulta previa que el Convenio 169 estatuye.

Se constata entonces que la regulación sobre el Convenio 169 que el Estado chileno ha puesto en práctica es sumamente deficiente, en cuanto limita el sentido y alcance de los estándares internacionales en materia de consulta previa, despojando en los hechos a los pueblos indígenas del derecho que se les reconoce a ser consultados cuando se adopten medidas que les afecten en forma directa. No hay reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de Chile. La ley indígena del año 1993 hace referencia solo al concepto de “etnias” y no existe un avance real para establecer derechos colectivos. Por otro lado, el Decreto Supremo 124, del año 2009, que sigue vigente, así como el reglamento que propone el gobierno del Presidente Piñera, contemplan definiciones y estándares que se ubican por debajo de las exigencias del derecho internacional. Este volumen analiza asimismo la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y las sentencias del Tribunal Constitucional que se han referido a la materia.

Una segunda parte de este trabajo analiza algunos de estos procesos de toma de decisiones en la práctica, principalmente en los casos de pisciculturas emplazadas en Palguín Bajo, Llafenco, Cónquil y Putúe. La investigación concluye que, al no existir regulaciones claras, la concreción del derecho de consulta queda expuesta a la discrecionalidad de los privados, lo que se interpreta como una renuncia inadmisibles de las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado chileno. Por otra parte, si bien los privados pueden conocer la existencia del Convenio, la experiencia demuestra que no buscan aplicarlo cuando se vinculan con pueblos afectados por los proyectos que impulsan, a pesar del deber que tienen de respetar los derechos de los pueblos indígenas. Como se dijo, los procesos de calificación ambiental suelen iniciarse como “declaraciones” de impacto y no como “estudios”, lo que tampoco mejora con los precarios espacios de “socialización” que algunos privados propician con las comunidades afectadas. Todo ello redundando en que el derecho de consulta previa, siendo válido y legítimo, queda sin ser aplicado en Chile, lo que impide que los pueblos indígenas puedan participar en la definición de sus prioridades de desarrollo o más directamente en decisiones sobre los asuntos que les afectan, como ordenan los estándares internacionales.

En cuanto a los estándares internacionales específicos en materia de consulta previa a los pueblos indígenas, como la buena fe que debe acompañar los procesos, así como la necesidad de respetar las instituciones representativas de los pueblos interesados, se muestra cómo empresas que desarrollan proyectos de piscicultura en la zona estudiada explotan la confusión que existe en cuanto a los liderazgos representativos de las comunidades, lo que es causa de tensión al interior de estas y va en detrimento del respeto a los derechos de los pueblos.

En base a los resultados obtenidos de este trabajo de investigación, los autores recomiendan:

1. Que el Estado regule el derecho de consulta previa, siguiendo las directrices del derecho internacional, ya sea como acto reglamentario de la Administración o bien como acto legislativo del Congreso. Para ello es clave derogar el Decreto Supremo 124, que viola los estándares internacionales.
2. Llevar a cabo las consultas antes de tener un borrador de la regulación. El sentido de la consulta previa es que los pueblos interesados puedan influir en las decisiones; por ello, debe realizarse tempranamente y en todas y cada una de las etapas del proceso de decisión.
3. Que el Estado establezca regulaciones claras y precisas para el sector privado, las que deben velar por el cumplimiento integral de los estándares internacionales en consulta previa.

4. Que el Estado disponga de mecanismos para fiscalizar la aplicación del Convenio 169 de la OIT, y que esos mecanismos sean efectivos y hayan sido concertados con los pueblos interesados.
5. Capacitar a funcionarios del Servicio de Evaluación Ambiental en materia de derechos de los pueblos indígenas y, en particular, en los alcances del derecho de consulta previa de acuerdo con los lineamientos del derecho internacional sobre derechos humanos.

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales ha sido un lugar de formación en investigación y litigio para muchas generaciones de estudiantes de derecho. Como Centro editamos un informe anual sobre derechos humanos en Chile al cual contribuyen año a año alumnos y egresados de la Facultad de Derecho. Además, albergamos dos clínicas –de interés público y de migrantes y refugiados–, las que llevan a la práctica la reflexión sobre los derechos humanos en forma de demandas, querrelas, *amicus curiae* o denuncias ante el sistema interamericano de derechos humanos.

La presente investigación pretende mostrar las formas que pueden asumir los desafíos de la implementación correcta del Convenio 169. Dos características principales destacan en ella: primero, deja un considerable y valioso espacio para que hablen los entrevistados, especialmente los miembros de comunidades mapuche. Segundo, a la documentación de las violaciones del Convenio 169 en relación con proyectos de inversión en territorios indígenas agrega un ejemplo que suele recibir mucha menos atención que los casos relacionados con la industria forestal o minera.

El trabajo de investigación, supervisado y coordinado por los profesores Cavallaro, Contesse y Rodríguez Garavito, fue desarrollado por alumnos de la Facultad de Derecho de la UDP y otros de Colombia y Estados Unidos. Los estudiantes que participaron en la investigación por parte del Centro de Derechos Humanos de la UDP, Cristián Sanhueza (investigador principal), Valentina Maturana y Francisco Cañas, siguen colaborando con nosotros y es motivo de orgullo poder acompañar su trabajo con estas palabras.

Agradezco, en nombre del Centro de Derechos Humanos, a todos ellos, así como el auspicio de la Facultad de Derecho y de la Universidad Diego Portales a este proyecto, que hoy se refleja en la publicación del texto por Ediciones UDP.

Dra. Judith Schönsteiner
Directora
Centro de Derechos Humanos
Universidad Diego Portales

1. PRESENTACIÓN

El siguiente informe da cuenta del modo en que el Estado chileno ha implementado las obligaciones internacionales que emanan de la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. Se concentrará en una actividad productiva de importancia que se desarrolla en el sur de Chile, específicamente en la región de la Araucanía, zona de alta concentración mapuche. La investigación pone énfasis en las dificultades y los obstáculos que se han presentado para lograr que el derecho a la consulta previa, reconocido por el Convenio, sea efectivamente garantizado.

Tras un breve análisis sobre los antecedentes del contexto histórico y social del pueblo mapuche, el informe da cuenta de la regulación constitucional, legal y reglamentaria en materia de derechos de pueblos indígenas y normas ambientales, así como de la jurisprudencia que ha emanado de los tribunales de justicia en los tres años que lleva en vigencia el Convenio 169 en Chile. Ello se conecta con el análisis que, ya en la segunda parte, se realiza de algunos de los casos que ingresan al proceso de evaluación ambiental y que, como se verá, generen graves problemas de implementación de los procesos de consulta y, por lo tanto, una escasa participación indígena. En esta sección también se explora la manera en que el Estado ha intentado avanzar en los procesos de consulta, que sin duda representan un desafío en materia de gestión estatal, y que ha evidenciado grandes omisiones y falta de voluntad política por parte del Estado en el resguardo y protección de los derechos indígenas.

Luego se entra derechamente en el análisis de la piscicultura. Se introducen nociones básicas y relevantes sobre la industria de la salmicultura en Chile: su expansión durante las últimas décadas, los problemas que han surgido en la ejecución de los diversos proyectos y los bajos estándares de regulación de que gozan en comparación con otros países. Tras ello, el informe estudia los casos que dan forma a esta investigación: las pisciculturas ubicadas en Palguín Bajo, Llafenco, Cónquil y Putúe. Se exponen y analizan detalladamente cada uno

de estos proyectos, así como sus procesos de regulación y tramitación, para lo cual se realizó una exhaustiva revisión documental, en conjunto con una serie de entrevistas con funcionarios públicos, indígenas y dirigentes locales.

Una vez desplegada la información sobre la puesta en práctica de la consulta previa en el contexto de los proyectos de piscicultura, se analiza el sentido y alcance del derecho a la consulta previa, presentando los estándares internacionales que la regulan (sentencias de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comités de Naciones Unidas y aportes de especialistas en derechos humanos). Dichos estándares internacionales se contrastan con los resultados de esta investigación, lo que permite dar cuenta de cuán lejos se encuentra el Estado chileno del cumplimiento de las obligaciones que contrajo en materias como administración de recursos naturales, el papel de las empresas privadas en esta materia y el alcance técnico de los elementos que componen el derecho de consulta previa, como son la buena fe, la adecuación de procedimientos y la representación de los pueblos. Serán precisamente estos últimos los que sacarán a la luz los principales problemas que enfrentan los pueblos indígenas afectados frente al avance de empresas que buscan desarrollar sus proyectos al amparo de una regulación deficiente. Por ello buena parte de las recomendaciones que se formulan apuntan a resolver dichas controversias.

Se espera que este trabajo sea de interés para todos aquellos que trabajan en el ámbito de las políticas públicas en materia indígena, así como para los propios pueblos interesados y los estudiosos del derecho indígena en el país.

2. ANTECEDENTES

Para comprender los problemas concretos que se presentan con el desarrollo de la industria de la piscicultura en zonas mapuche es necesario dotarse de un contexto más global, explicando las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado para comprender la base de las dificultades que se advierten en los procesos de desarrollo industrial, así como las demandas por reconocimiento de derechos que los indígenas levantan. Para ello se presentan antecedentes genéricos de la situación socioeconómica del pueblo mapuche; luego la normativa constitucional, legal y reglamentaria que incide en la protección de sus derechos, y un análisis de la jurisprudencia recaída en casos que involucran derechos indígenas, poniendo especial atención en el modo como se cumple o no con los estándares de consulta previa.

2.1. CONTEXTO SOCIOECONÓMICO

Chile posee una población de 16.572.475 habitantes, repartidos en quince regiones que componen un Estado unitario, con una clara concentración en la capital, Santiago.¹ En su composición étnica el Estado chileno reconoce (art. 1 del Convenio 169) nueve etnias indígenas en territorio nacional, las que corresponden a los pueblos mapuche, aymara, rapa nui, atacameña o likan antai, quechua, colla, diaguita, kawésqar y yámana o yagán de los canales australes.² Aun

1 En la Región Metropolitana viven 6.683.852 personas, el 40,33% de la población total. Datos preliminares del Censo 2012 (www.censo.cl).

2 Ley 19.253, artículo 1: "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.

El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones, res-

cuando no están expresamente reconocidos en la Constitución Política de la República de Chile, los pueblos originarios corresponden al 6,6% de la población del país, y de ese porcentaje el pueblo mapuche (“gente de la tierra”) es el grupo étnico más numeroso (87,2% de la población originaria).³

La población mapuche se concentra geográficamente en el centro-sur del territorio chileno y en la capital, Santiago. Son numerosos en las regiones del Biobío (VIII), de los Lagos (X) y de los Ríos (XIV), pero sobre todo en la Araucanía (IX).

En el núcleo sociopolítico de la cultura mapuche está el *lof*, estructura básica de la sociedad mapuche y que corresponde a la familia liderada por un *lonko*, el cabeza de familia. Hoy esta institución tradicional ha sido reemplazada por la figura legal del presidente de la comunidad indígena, que es quien tiene la representación legal de una comunidad frente al Estado. Dicho cambio, primordial para el trato entre el poder formal y el tradicional, ha recibido muchas críticas desde el mundo mapuche pues desplaza a las autoridades ancestrales por la necesidad de constituir una autoridad que el Estado reconozca como legítima. No es primera vez que los lazos sociales entre las familias y las comunidades se han debilitado a causa de los requerimientos de una organización que impone la legislación chilena. Como apunta el diputado UDI Gonzalo Arenas, presidente de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas de la Cámara Baja, “[e]sta desarticulación [de la organización mapuche tradicional] no ha sido producto del azar o por una fatalidad histórica; por el contrario, ha sido el resultado de la única política pública constante y sistemática que ha tenido el Estado de Chile para con el pueblo mapuche”.⁴

En cuanto a la actividad económica, sea por la especificidad profesional del mercado laboral actual o por la cobertura en educación terciaria que provee el Estado –reforzada a través de la entrega de becas especiales para indígenas–,⁵ buena parte de los pueblos originarios ha optado por involucrarse en procesos productivos distintos de los que tradicionalmente los caracterizaban.

La lengua del pueblo mapuche es el mapudungun o mapuzugun y, a pesar de la intensa pérdida de su uso durante muchas generaciones (en algunos sectores estaba derechamente proscrito hablar en lengua nativa), mantiene su vigencia en parte de la población. El lenguaje, como diversas actividades tradicionales, es una preocupación importante

petar, 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”.

3 MIDEPLAN, División Social, Serie “Análisis de resultados de la encuesta de caracterización socioeconómica nacional (CASEN 2006)”, junio de 2007, p. 22.

4 El Mostrador.cl, “Lof mapuche versus junta de vecinos rural”, 31 de mayo de 2012.

5 Ver Junaeb.cl, “Beca Indígena”.

para las nuevas generaciones de mapuche, quienes han retomado el trabajo de reintegrar las raíces culturales al amparo de la Ley 19.253.⁶

En cuanto a la participación de los mapuche en los asuntos públicos que les competen, a partir de la década de 1980 comenzó a forjarse una activa organización política. Por entonces la coordinación de las comunidades mapuche no tuvo presencia mediática, y solo empezaron a darse a conocer a partir del año 1990, cuando Chile retorna a la democracia. La actividad del Consejo de Todas las Tierras, organización que sustentaba sus reivindicaciones políticas a través de tomas simbólicas de ciertos predios privados, motivó la aplicación de la ley de seguridad interior del Estado y la detención de más de un centenar de indígenas en 1992, en lo que se convertiría en una constante en la relación entre el Estado chileno y el pueblo mapuche durante los últimos años.

Con la promulgación en 1993 de la ley indígena, que contó con el apoyo de los principales dirigentes de la época, se mantuvo un cierto diálogo con el poder formal. Sin embargo, y a propósito de la construcción de la central hidroeléctrica Ralco, de propiedad de la empresa ENDESA (de capitales españoles en un 60%), cuyo proyecto significó la inundación de “3.500 hectáreas ancestralmente habitadas por los pehuenche y obligó a la relocalización de alrededor de 500 integrantes de sus comunidades”,⁷ la relación entre el Ejecutivo y las comunidades indígenas entró en crisis después de que algunas líderes indígenas se negaran a desalojar sus tierras ancestrales –pues a su juicio el proyecto atentaba precisamente contra los derechos y principios consagrados en la flamante ley indígena– y el entonces Presidente de Chile, Eduardo Frei, mantuviese la idea de llevar adelante el proyecto, lo que derivó en la destitución de las autoridades de la CONADI⁸ que se negaron a votar a favor del proyecto. Finalmente este se llevó a cabo y la hidroeléctrica fue inaugurada bajo el gobierno de Ricardo Lagos.

La relación entre el pueblo mapuche y el Estado chileno durante las últimas décadas ha estado, así, marcada por conflictos por el dominio y uso de tierras, los que a ratos se han tornado muy violentos, todo lo cual ha generado varios pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos.⁹

6 Esta ley “establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, y comúnmente se la llama “ley indígena”.

7 Enlace Mapuche Internacional, “Se inauguró la central hidroeléctrica Ralco en el Alto Bío Bío”, 24 de febrero de 2011, www.mapuche-nation.org.

8 La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, creada en 1993 por la Ley 19.253, se define en el artículo 38 como un organismo de servicio público, descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, y bajo la supervigilancia del Ministerio de Planificación. Su principal misión es promover, coordinar y ejecutar las políticas en favor del desarrollo de las personas y comunidades indígenas (art. 39).

9 Consejo de Derechos Humanos, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34/

Según datos de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) de 2009, el porcentaje de pobreza nacional asciende a 15,1% (para 2006 era de 13,7%).¹⁰ Según la “Memoria” presentada por el Gobierno acerca del Convenio 169 de la OIT, los datos socioeconómicos del pueblo indígena son los siguientes: mientras en 1996 el 35,1% de la población indígena estaba bajo la línea de la pobreza (frente al 22,7% de la población no indígena), en 2009 el 19,9% estaba en esa condición (frente al 14,8% de la población no indígena). Es decir, en trece años se redujo la pobreza en 15,2 puntos en la población indígena, frente a una reducción de 7,9 puntos del resto de la población.

Los datos del año 2009 comparados con los de 2006 muestran que, a pesar de que las cifras de pobreza aumentaron en ambos grupos, el aumento en la población indígena es de 0,9 frente al aumento de 1,5 puntos en la población no indígena.¹¹ Estos índices de pobreza en Chile contrastan con la incorporación del país a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en enero de 2010, siendo el primer país sudamericano en hacerlo,¹² como una forma de reconocimiento internacional a dos décadas de gestión estatal, en las cuales el país ha desarrollado un enfoque de políticas públicas que no afecta sustancialmente el sistema político y económico con que la dictadura militar dotó al país en los años setenta y ochenta.¹³ Pero, junto con los índices de pobreza, la población mapuche debe cargar además con los prejuicios y la discriminación que persisten en su contra y que hacen que las promesas de inclusión social contenidas en la Constitución y los tratados internacionales les sean esquivas.¹⁴

2.2. CONTEXTO LEGAL

La Constitución chilena fue promulgada en 1980 por la junta militar que encabezaría durante diecisiete años el general Augusto Pinochet.

Add.6, 5 de octubre de 2009; CIDH, MC 321/10, Pueblo Indígena Rapa Nui (Chile), 7 de febrero de 2011; CIDH, MC 269/08, Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche (Chile), 6 de abril de 2011; CIDH, Comunicado Público, 94/11, de 19 de agosto de 2011.

10 MIDEPLAN, División Social, Serie “Análisis de resultados de la encuesta de caracterización socioeconómica nacional (CASEN 2006)”, junio de 2007, p. 22.

11 Ver “Memoria de aplicación del Convenio 169”, 1 de septiembre de 2009.

12 Ver OECD.org, “Chile, primer país sudamericano miembro de la OCDE”, 11 de enero de 2010.

13 En palabras de la OCDE: “La economía chilena ha visto un crecimiento anual del 5% durante los últimos veinte años. Chile ha dado pasos significativos en la reducción de la pobreza, si bien aún es necesario avanzar más. Su innovadora reforma de pensiones puesta en marcha en los años 80 ha servido como modelo a otros países. Durante la crisis que diera comienzo en el 2008, la prudencia de sus políticas fiscales le dio el espacio financiero necesario para adoptar las medidas de estímulo en apoyo a la demanda y al empleo”. *Ibid.*

14 Por ejemplo, se ha documentado este tipo de discriminación en el ámbito parlamentario. Ver Icsoc.cl, “¿Discriminamos a los mapuche en Chile? Los parlamentarios responden”, 20 de junio de 2012.

En ella se establece un catálogo de derechos fundamentales, con una importante protección al derecho de propiedad, con garantías más bien limitadas para los derechos de prestación social, como la educación o la salud, ningún tipo de reconocimiento de derechos colectivos de pueblos indígenas, y todo ello en el marco de un régimen fuertemente presidencialista. El Presidente de la República controla la agenda legislativa y participa de manera activa en la tramitación de las leyes (por ejemplo, disponiendo los tiempos de discusión y debate parlamentario). Por lo mismo, buena parte de las decisiones de políticas públicas recaen en las iniciativas que impulse el Poder Ejecutivo.

2.2.1. La Constitución

Tras un plebiscito nacional que se realizó sin registros electorales ni otras garantías democráticas, la Junta de Gobierno liderada por Augusto Pinochet promulgó la última Constitución Política mediante el Decreto Supremo 1.150 de 1980 del Ministerio del Interior. A la fecha, el texto ha sido reformado en numerosas ocasiones, dos de las cuales han implicado cambios políticos importantes. A fines de la década de 1980 se aprobaron cincuenta y cuatro enmiendas, entre las que destaca la adhesión expresa al derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵ Por otro lado, en 2005 se aprobaron casi sesenta reformas, momento que el entonces Presidente Ricardo Lagos calificó como “el fin de la transición a la democracia”, al reemplazar por la suya la firma de Pinochet en el texto constitucional. Las reformas decían relación principalmente con la reorganización del poder público, como el otorgamiento de mayores atribuciones al Tribunal Constitucional, mayores facultades al poder civil por sobre el poder militar y el fin de los senadores designados o vitalicios. Entre las reformas rechazadas destaca el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, muestra de la falta de voluntad política para atender las demandas que por años vienen levantando los pueblos originarios.

En efecto, desde 1991 diversos proyectos para reconocer a los pueblos indígenas han sido presentados y debatidos en el Congreso, sin que ninguno se haya aprobado. En buena medida ha sido el uso del término “pueblos” lo que ha dificultado el avance, pues muchos parlamentarios han temido que el reconocimiento de esa entidad dé origen a demandas reivindicativas que pongan en cuestión la existencia

15 Al artículo 5 (“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo puede atribuirse su ejercicio”) se le agregó un segundo inciso: “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 encuentran vigentes”.

y unidad del “pueblo o nación chilena”.¹⁶ En 2007 se fundieron dos proyectos de reforma constitucional, y en ellos se ha concentrado el trabajo legislativo.¹⁷

En su primer año en el poder el gobierno del Presidente Sebastián Piñera comprometió el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios,¹⁸ pero diversos sectores indígenas han cuestionado el proceso por carecer de mecanismos efectivos de participación y consulta a los pueblos interesados, como ordenan los estándares internacionales. La obligación del Estado chileno de llevar adelante un proceso de consulta para la adopción de esta reforma a la Constitución fue expuesta incluso por el Relator Especial para Pueblos Indígenas, James Anaya, cuando estuvo en Chile en abril de 2009. Tras su visita, Anaya declaró:

La consulta efectiva con los pueblos indígenas en este proceso es fundamental para la validez y legitimidad del nuevo texto constitucional a adoptarse, y para asegurar que dicho texto realmente corresponde a las aspiraciones y derechos humanos de los pueblos indígenas dentro del marco de una sociedad democrática y las normas internacionales a las que el Estado de Chile adhiere.¹⁹

Otros expertos, como Bartolomé Clavero, integrante del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, han señalado que configurar “una reforma constitucional en Chile que no considere como cuestión clave la autonomía política, además de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, evidentemente no estaría cumpliendo con el Convenio 169”.²⁰

En cualquier caso, el Convenio 169, vigente desde septiembre de 2009, además de imponer a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos allí contemplados, forma parte de aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos como fuente legítima de limitación del ejercicio de la soberanía.

16 *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, Santiago, Ediciones UDP, pp. 219-221.

17 “Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile”, Boletín 5.522-07, 23 de noviembre de 2007. Ver también Senado de la República, “Proyecto de reforma constitucional por el cual se reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena”, Boletín 5.324-07, 6 de septiembre de 2007.

18 Radio Universidad de Chile, “Piñera compromete reconocimiento constitucional para los pueblos originarios”, 26 de agosto de 2010.

19 Consejo de Derechos Humanos, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 65.

20 *Politicaspúblicas.net*, “Clavero: ‘Todo se debe juzgar desde la perspectiva del Convenio 169 y la Declaración’”, 16 de agosto de 2010.

2.2.2. La ley indígena

En 1993, el Congreso Nacional aprobó la Ley 19.253, conocida como “ley indígena”.²¹ El texto de la ley se originó en la Comisión Especial para Pueblos Indígenas (CEPI), constituida al poco tiempo de recuperada la democracia. Contar con un cuerpo legal específico para los pueblos indígenas era una de las demandas y promesas que habían quedado plasmadas en el Acuerdo de Nueva Imperial, pues se entendía que con ello podría mejorarse la situación de desventaja histórica y legal de los pueblos indígenas, y dar solidez al pacto fundacional de la renacida democracia chilena.

El texto aprobado, sin embargo, es distinto del que había considerado la CEPI. Por entonces, los parlamentarios de oposición rechazaban la utilización de la expresión “pueblos”, ya que entendían que ella solo podía reservarse para el pueblo chileno, y que lo apropiado era usar términos como “poblaciones indígenas” o “etnias”. Para los representantes de los pueblos indígenas, en cambio, la denominación “pueblos” es clave porque ello supone dar reconocimiento a derechos de carácter *colectivo*, no solo individual. Pero Chile aún no había ratificado el Convenio 169 en esa época, y la ley indígena determinó que la colectividad que tendría reconocimiento legal serían las “etnias”.

La ley instauró un procedimiento para que los indígenas se constituyan legalmente (en “comunidades”) para acceder a beneficios económicos y prestaciones, estableció ciertas protecciones para las tierras indígenas (en especial, respecto a su venta) y creó la Corporación de Desarrollo Indígena (CONADI), organismo que desde entonces se ha encargado de implementar la política pública indígena en Chile. A través de la CONADI se instauró, finalmente, un fondo de aguas y tierras que permitiría al Estado comprar estos bienes y traspasarlos a indígenas que los hubiesen perdido a lo largo de la historia. La ley contemplaba una norma sobre participación indígena que de alguna manera aspiraba al cumplimiento de los estándares internacionales, aunque quedó como una mera proclamación, sin concretarse hasta el año 2009, momento en que fue reglamentada en conjunto con el ya aprobado Convenio 169 (y sus normas sobre consulta) por medio de un decreto del Ejecutivo.²²

Las disposiciones de la ley, si bien son un avance comparadas con la ausencia de reglamentación que existía hasta esa fecha, y con las políticas de la dictadura de dividir a las comunidades y poner fin a la

21 Ley 19.253, establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación de Desarrollo Indígena. Publicada en el *Diario Oficial* del 5 de octubre de 1993.

22 “Artículo 34: Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones, y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”. Decreto supremo 124 de MIDEPLAN, de septiembre de 2009, analizado más adelante en este informe.

propiedad comunitaria, no alcanzan a cumplir ni con las expectativas que los propios indígenas tenían, como tampoco con los estándares internacionales sobre la materia, en particular el Convenio 169 de la OIT.

2.2.3. La ley ambiental

En 1994, el Congreso Nacional dictó la ley de bases del medio ambiente, la primera legislación sobre la materia que ha regido en Chile. Para alcanzar los estándares de exigencia que se requieren para competir en el mercado global, la naciente democracia chilena dispuso de instrumentos de gestión ambiental que permitieran canalizar la evaluación de proyectos de desarrollo e inversión considerando ciertos compromisos de respeto al medio ambiente.

La ley estableció un sistema de evaluación doble: para aquellos proyectos de significación menor en términos de daños al medio ambiente se contempló el instrumento denominado Declaración de Impacto Ambiental (DIA), y para aquellos proyectos de mayor envergadura y con afectaciones también mayores al medio ambiente se creó el Estudio de Impacto Ambiental (EIA). De las diferencias entre ambos instrumentos la que importa para nuestro propósito es que, mientras las DIA no contemplan mecanismos de participación ciudadana, los EIA sí lo hacen (aunque de manera limitada).²³ Por ello, y como se analiza con detalle en la segunda parte de este informe, los proyectos que ingresan por vía de una DIA solo requieren ser “sociabilizados”, es decir, puestos en conocimiento de las comunidades (sean o no indígenas) que pueden verse impactadas por su acción, en el marco de las regulaciones sectoriales existentes.

La legislación ambiental, como se verá, ha tenido una importancia sustancial para la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Dado que no existen regulaciones específicas y claras sobre la implementación de la consulta previa, la jurisprudencia ha entendido que los caracteres de esta pueden satisfacerse en los procesos de participación ciudadana bajo la ley ambiental. Lo cierto es que, al dictar la ley ambiental, el Congreso chileno no tenía en su radar los estándares internacionales sobre consulta previa, ya que si bien el Convenio 169 había sido adoptado hacía varios años, no era una norma vigente en Chile.

2.3. LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

La ratificación del Convenio 169 en abril de 2008 y su entrada en vigencia en septiembre de 2009 estuvieron marcadas por una muy prolongada discusión legislativa. En efecto, el proyecto de acuerdo²⁴ fue ingresado

23 Sobre las limitaciones a la participación ciudadana en los estudios de impacto ambiental, ver *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*, Santiago, Ediciones UDP.

24 “Mensaje de S. E. el Presidente de la República. Proyecto de acuerdo relativo al Convenio

en 1990 y aprobado casi veinte años después. La discusión parlamentaria giró siempre en torno de los alcances jurídicos de ratificar un tratado de estas características, siendo la piedra de tope de ciertos sectores, como ya se adelantó, la terminología que utiliza el Convenio para definir ciertas entidades. El concepto de “pueblo” fue –y sigue siendo– objeto de las mayores suspicacias, cuando no de una férrea oposición.

Tampoco el proceso legislativo estuvo exento de tensiones extra-parlamentarias. Además de las diferencias políticas en el seno del Congreso, comenzaba a tener presencia un emergente movimiento indigenista que articulaba de manera creciente las demandas de los indígenas en clave de derechos, reivindicando el papel del derecho en la lucha social de los pueblos originarios. Por todo ello la ratificación del Convenio fue considerada por todos los actores involucrados como un gran paso adelante: había sido una demanda y una promesa desde el inicio de la transición a la democracia, y era importante que el Estado chileno diera muestras ciertas de su compromiso por alinear sus políticas internas a las exigencias internacionales en estas materias. Sin embargo, para que la ratificación de un tratado resulte en una efectiva protección de derechos es necesario atender a los mecanismos por los cuales aquel se lleva a la práctica. Uno de los objetivos de este volumen es evaluar los esfuerzos del gobierno para implementar el Convenio durante los primeros tres años de vigencia; como se muestra a continuación, mirando de cerca una determinada actividad económica en la Región de la Araucanía, la mera ratificación del tratado no necesariamente ha significado una mejor protección de los derechos de los pueblos indígenas.

2.4. TENSIONES Y AVANCES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Como todo tratado internacional, la ratificación del Convenio 169 de la OIT ha impuesto obligaciones al Estado chileno, que parten del deber de adecuar su legislación interna a los estándares establecidos en el instrumento internacional.²⁵ Sin embargo, en Chile, la ratificación de un instrumento internacional sobre derechos humanos y su eficacia en el ordenamiento jurídico no es un asunto exento de debate. Los diversos alcances que puede tener, las materias que ha de regular y los mecanismos de incorporación son parte de la discusión. Con el avance del concierto internacional, tanto en el ámbito político como en

N°169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989”, Boletín 233-10, 21 de diciembre de 1990.

25 Ver Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 de mayo de 1969, artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

el jurisprudencial y en la dogmática jurídica, se han ido configurando diversas posiciones respecto de estos temas.

El debate adquirió preponderancia a partir del paquete de 54 reformas constitucionales aprobadas en 1989, que contempló la modificación del artículo 5° de la Constitución.²⁶ El nuevo inciso segundo (“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 encuentran vigentes”) motivó una discusión sobre el rango legal, supralegal o constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. Como es sabido, en algunos países de América Latina ha habido reformas constitucionales o pronunciamientos judiciales que han determinado de manera clara la jerarquía que aquellos ocupan. En Chile, no obstante la nitidez del texto, la doctrina debatió acerca de la jerarquía de los tratados, primero en tanto instrumentos jurídicos y más tarde sobre el rango de los *derechos* contenidos en los tratados, y la función que ocupan en el sistema de fuentes del derecho chileno.

La cuestión de la jerarquía de los tratados –esto es, si tienen rango de ley, por sobre o bien al mismo nivel que la Constitución– introdujo la duda sobre los quórum necesarios para la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en esta materia condensó su criterio en la sentencia rol 346, cuyo objeto era resolver un requerimiento de 35 diputados que solicitaban que se declarara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En su oportunidad, el TC señaló:

Que, si aplicamos el criterio de interpretación unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley Fundamental no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes normas constitucionales, lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile.²⁷

Este considerando selló parte de la discusión y dispuso así la tendencia e interpretación jurisdiccional respecto de la jerarquía de los tratados internacionales en Chile. Sin perjuicio de ello, luego numerosas cortes han dado aplicación a los tratados, incluso priorizándolos frente a normas de rango legal, lo cual debilita la postura que señala

²⁶ Ver nota 15.

²⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 346, 8 de abril de 2002, considerando 72.

que los tratados están por debajo de la Constitución.²⁸ Esta actitud de los tribunales de justicia respondía de mejor forma al espíritu de la reforma del artículo 5º de la Constitución, que buscaba robustecer los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales para que los tribunales les dieran aplicación.²⁹

Es en este contexto legal que se produce la incorporación del Convenio 169 al derecho chileno, con la consiguiente necesidad adecuar la normativa interna en diversos puntos. Se trata de desafíos importantes, especial aunque no únicamente en materia de consulta y administración de recursos naturales, elementos centrales para la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y que, como se ha señalado, imponen deberes sobre los órganos del Estado.³⁰

2.4.1. El Tribunal Constitucional y el carácter autoejecutable de la consulta previa

En abril del año 2000 la Cámara de Diputados aprobó, en su primer trámite constitucional, el “Proyecto de acuerdo relativo al Convenio 169 sobre pueblos indígenas adoptado por la Organización Internacional del Trabajo”³¹ ingresado en 1990. Con 72 votos a favor, 3 en contra y 11 abstenciones, se ponía la primera piedra para el cumplimiento de la promesa de campaña del Presidente Aylwin, pero durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos, esto es, dos períodos presidenciales después.

Pero, dos meses más tarde, un grupo de 31 diputados de derecha presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional con el objeto de declarar la inconstitucionalidad del Convenio 169.³² En su oportunidad, los diputados argumentaron una serie de presuntas incompatibilidades entre el Convenio y la Constitución, por lo que los requirentes solicitaban que se declarara la inconstitucionalidad total del tratado, y en subsidio la inconstitucionalidad de algunos artículos en particular.³³ El fallo del TC importa sobre todo por la declaración que hizo el Tribunal respecto de las normas sobre consulta previa y participación, que “tiene[n] el carácter de autoejecutable o de aplicación directa”.³⁴ De acuerdo con el TC, dichas normas

28 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C 79, párr. 146.

29 Así lo explica uno de los políticos que participó en dicha enmienda, Francisco Cumplido, en “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis* 9(1), 2003.

30 Sobre los desafíos de implementación en Chile del Convenio 169, ver Jorge Contesse Singh, ed., *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno: Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Ediciones UDP, 2012.

31 Boletín 233-10, 21 de diciembre de 1990.

32 Hernando Silva, “El largo proceso de tramitación del Convenio N° 169”, en Matías Meza-Lopehandía, ed., *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, Observatorio Ciudadano, p. 63.

33 Se alegó la inconstitucionalidad de los artículos 6 n° 1, 7 n° 2, 9, 10, 14, 15, 17 n° 2 y 22 n° 2 y 3.

34 Tribunal Constitucional, SR 309-2000, 4 de agosto de 2000, considerando 7.

son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.³⁵

El razonamiento del TC parecía ir en un camino de aplicación directa de los tratados internacionales de derechos humanos. Una interpretación extensiva podría llevar incluso a pensar en la posibilidad de observar un bloque constitucional en Chile que integrara, a través del inciso 2° del artículo 5 de la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en nuestro país.

Ocho años después, en marzo de 2008, ingresó al TC el oficio 7.273 de la Cámara de Diputados para un control de constitucionalidad³⁶ de los artículos 6.1, letra a), 6.2 y 7.1, oración segunda, del Convenio 169 de la OIT. El TC debió así pronunciarse nuevamente sobre el Convenio, y lo hizo señalando que las normas sometidas a control regulaban materias reservadas a leyes orgánicas constitucionales,³⁷ porque establecen modos de participación de los pueblos indígenas cuyo ámbito antes estaba normado por leyes sectoriales y la propia Constitución.

Las autoridades de gobierno de la época, como el ministro José Antonio Viera-Gallo (encargado de asuntos indígenas en el gobierno de Michelle Bachelet y, posteriormente, juez del propio TC), el subsecretario del Ministerio de Planificación y el director jurídico de la Cancillería, argüían que las obligaciones del Convenio eran compromisos *programáticos*,³⁸ o sea, meras aspiraciones en cuya realización se avanzaría “en la medida de lo posible”.

Si bien el TC no rechazó su fallo del año 2000, agregó en el 2008 que, a propósito del objetivo del artículo 6, la consulta previa

no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece.³⁹

35 *Id.*, considerando 48.

36 Constitución Política de la República, n° 1, inc. 1 del artículo 93.

37 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1.050-08, 3 de abril de 2008, considerando 10.

38 En la prevención del ministro Enrique Navarro, este tuvo en consideración un informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado que contiene declaraciones del otrora ministro Viera-Gallo: “Por su parte, el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor José Antonio Viera-Gallo, recordó que –tal como lo indicó el fallo del Tribunal Constitucional– las disposiciones del convenio ‘revisten carácter programático, es decir, que son compromisos del Estado y sus Poderes que se comprometen a realizar’, concluyendo que, en consecuencia, ‘la mayoría de las normas del Tratado no son autoejecutables’”.

39 Considerando 14.

Además agregó algunos aspectos de interés sobre la condición desde la cual los pueblos indígenas participan, señalando que dentro del sistema de la Constitución el deber de consulta se vincula con el derecho de todos a participar, pero que hay ciertos rasgos específicos relativos a los pueblos indígenas:

[L]a posibilidad de participación que las normas en análisis del Convenio entregan a los pueblos indígenas no pugnan con el principio de participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional que consagra el artículo 1º de la Carta Fundamental, toda vez que ellas disponen, para un grupo socioeconómicamente vulnerable, con la especificidad histórica cultural que le es propia, un mecanismo de participación que no tiene carácter vinculante.⁴⁰

Pues bien, la plena eficacia de los derechos del Convenio, y la exigencia que de los mismos hacen los pueblos originarios, constituyen desafíos que a más de tres años de vigencia del tratado han encontrado eco en varios tribunales del país. Por tanto, para ofrecer un panorama completo de la regulación legal sobre consulta previa en Chile, es necesario analizar, por una parte, la reglamentación que se ha efectuado mediante el Decreto Supremo 124 y, por otra, la jurisprudencia emanada de las Cortes superiores del país respecto de dicho decreto, así como de otras normas jurídicas pertinentes.

2.4.2. El Decreto Supremo 124 y la regulación de la consulta previa

La consulta previa no tiene un modelo único de realización sino que responde a las particularidades del pueblo que será consultado, sus formas de representación, el tipo de medida que se trate y la distribución de potestades públicas en el Estado respectivo, entre otros factores. Por ejemplo, Perú y Colombia contemplan regulaciones diferentes para cumplir con los estándares internacionales de la consulta previa. En Perú, tras una negociación entre los poderes políticos y las organizaciones indígenas, el Congreso de la Nación adoptó una ley sobre consulta previa⁴¹ que recoge de manera adecuada los requerimientos del Convenio. Colombia ratificó el Convenio en 1991, en la misma época en que adoptó una nueva Constitución que ha dado origen a una rica jurisprudencia en

40 Considerando 15.

41 Congreso de la República de Perú, Ley 29.785 del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 7 de septiembre de 2011. Ver CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Observación Individual Perú, ILC.100/III/1A, p. 869, que señaló que la ley es “el resultado de las negociaciones llevadas a cabo entre el Poder Ejecutivo y las organizaciones amazónicas en el marco de la mesa de diálogo (...) que tenía como objeto consensuar una ley de consulta”.

materia de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas. Allí la jurisprudencia ha defendido la flexibilidad en la consagración de las reglas sobre consulta previa, de manera que cada proceso se adapte a las particularidades de los pueblos y las situaciones concretas.⁴² Para la implementación del Convenio se dictó en 1998 el decreto 1.320⁴³ inconsulto que regula la consulta previa en materia de explotación de recursos naturales dentro de territorios indígenas, y una Directiva Presidencial en 2010, normas que no están en línea con los estándares internacionales, tanto por su contenido como porque no fueron sometidas a consulta previa, según ha declarado la Corte Constitucional de Colombia y el Comité de Administración de la OIT.⁴⁴ En la actualidad, no existe una ley general sobre consulta previa y palpita la discusión sobre su conveniencia jurídica y política. No obstante, a través de la Mesa Permanente de Concertación,⁴⁵ instancia de diálogo entre el gobierno nacional y las organizaciones indígenas más representativas, se han consensuado mecanismos de consulta para medidas legislativas, como el que se llevó a cabo para el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y el decreto-ley de reparación integral y restitución de derechos territoriales que fue expedido como decreto 4.633 de 2011.⁴⁶

En el caso chileno, días después de la entrada en vigencia del Convenio, el gobierno de la Presidenta Bachelet dispuso, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, la regulación de la participación indígena contenida en el artículo 34 de la Ley 19.253 (ley indígena) a la luz de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Convenio. Debe recordarse que la ley indígena estaba vigente desde 1993, sin que ningún gobierno estimara necesario desarrollar la norma sobre participación contemplada en esa ley.

De esta manera, a través del Decreto Supremo 124 del Ministerio de Planificación (hoy Ministerio del Desarrollo Social),⁴⁷ el gobierno de

42 En la Sentencia C-461 de 2008, la Corte Constitucional expresó que “una reglamentación jurídica rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional en casos concretos, cuando de su aplicación se puedan derivar consecuencias contrarias a los mandatos plasmados en la Constitución y en las normas internacionales aplicables. Las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 169 de la OIT otorgan al Estado colombiano un amplio margen de flexibilidad para determinar la manera en que se habrá de realizar la consulta previa. Sin embargo, es claro que las regulaciones procedimentales no pueden contrariar el contenido específico del derecho fundamental a la consulta previa o de los derechos conexos a él, ni ser incompatibles con el logro del objeto esencial de la consulta, como es tratar de llegar de buena fe a un acuerdo basado en el consentimiento libre, pleno e informado, del grupo étnico afectado”.

43 República de Colombia, Ministerio del Interior, Decreto 1.320, 13 de julio de 1998. Diario Oficial 43.340, 15 de julio de 1998.

44 La Corte Constitucional ha considerado inconstitucional la aplicación del decreto 1.320 en varias sentencias, entre otras la T-682 de 1998, T-737 de 2005 y T-880 de 2006.

45 Creada mediante el decreto 1.397 de 1996.

46 César Rodríguez y Natalia Orduz, *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Colección Documentos de Justicia, 2012.

47 Ministerio de Planificación, “Decreto Supremo 124. Reglamenta el artículo 34 de la Ley

Chile diseñó e implementó la primera medida administrativa que afectaba directamente a los pueblos indígenas. Su alcance se encuentra en la hipótesis contemplada en el artículo 6.1.a del Convenio, por lo que debió ser consultada, cuestión que no ocurrió.

El hecho de no consultar una medida que afecta directamente a los pueblos originarios vicia en la forma y en el fondo el decreto. En efecto, y según el propio Relator Especial de las Naciones Unidas, James Anaya, la “consulta sobre la consulta”⁴⁸ es un proceso en el cual los pueblos indígenas tienen el derecho de influir, puesto que se trata de los mecanismos que posteriormente protegerán sus intereses. Y es que parece evidente que los modos de implementación del Convenio son aspectos que deben ser consultados, y así se encuentra consagrado en el Convenio.⁴⁹

Por otra parte, la “consulta de la consulta” debe contar con la participación de los pueblos originarios de modo de gozar de legitimidad una vez puesta en práctica. El Relator Especial Anaya ha sostenido que

Para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso. El Relator Especial ha observado que, en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta.⁵⁰

Después de su visita a Chile en 2009, el Relator Anaya recalcó lo anterior concretándolo en la necesidad de que el país llevara a cabo una consulta sobre la consulta “para determinar el procedimiento para implementar en Chile los estándares internacionales en las consultas propiamente dichas”.⁵¹

19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas, de 4 de septiembre de 2009”. *Diario Oficial*, 25 de septiembre de 2009.

48 Consejo de Derechos Humanos, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 11.

49 “Artículo 33: 1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) La planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) La proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”.

50 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 51.

51 Consejo de Derechos Humanos, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los*

Junto con lo anterior, el decreto 124 adolece de otros problemas jurídicos que hacen que su legalidad (y constitucionalidad) sea altamente cuestionable.⁵² Por estas razones, la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presentó, en julio del año 2011, una solicitud formal de invalidación del decreto por la vulneración de los artículos 5º, inciso 2º, y 7º de la Constitución, así como otras afectaciones a normas internas e internacionales.⁵³ Vale la pena exponer sucintamente los argumentos que dan pie a esa solicitud formal de invalidación, en tanto da cuenta de los problemas jurídicos que alcanza la regulación administrativa sobre consulta previa vigente en Chile.

En primer lugar, y a propósito de un procedimiento de acceso a la información pública, se solicitó el expediente administrativo en el cual se expusieran los fundamentos que dieron origen al decreto. En Chile, los actos administrativos son el punto cúlmine de los procesos que llevan a que la autoridad decida regular una materia de una determinada forma y no de otra. En esos expedientes se da cuenta de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión final, por lo cual es importante contar con ellos para descartar cualquier arbitrariedad. En el caso del decreto 124, el Ministerio señaló que dicho expediente simplemente no existía (textualmente, la respuesta fue que “resultó imposible encontrar el antecedente solicitado”).⁵⁴ Ante ello, en diciembre de 2010 se dedujo acción de amparo de acceso a la información pública ante el Consejo para la Transparencia, el que resolvió que

el órgano reclamado no habría dado cumplimiento a lo prescrito [en el artículo 18 de la Ley 19.880] (...) por cuanto, según lo señalado, existiría una obligación legal para el órgano requerido de contar con un expediente administrativo que recoja las actuaciones que finalizaron en la dictación del referido Decreto Supremo.⁵⁵

La resolución del Consejo pone en evidencia el vicio formal del decreto, toda vez que la inexistencia del expediente administrativo,

derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34/ Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 11 y 12.

52 Ver “Igualdad y no discriminación: Pueblos indígenas”, en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile*, 2010.

53 A esta presentación se sumaron organizaciones de derechos humanos nacionales, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos, e internacionales, como la Clínica de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Harvard y el Programa de Justicia Global de la Universidad de los Andes (Colombia).

54 Ministerio de Planificación, carta 033-C/3.130, 14 de diciembre de 2010.

55 Consejo para la Transparencia, *Resolución de amparo C977-2010*, 19 de abril de 2011, considerando 4.

según lo dispone el artículo 18 de la Ley 19.880,⁵⁶ vulnera lo dispuesto en el artículo 7º, inciso 2º de la Constitución, al concluir que se trata de un requisito formal de validez para las actuaciones de los órganos públicos.

En lo que respecta a los vicios materiales en los cuales incurre el decreto, se sostuvo que, además de no haber sido consultado, (a) no se ajusta a los estándares internacionales sobre la consulta previa, y (b) restringe el alcance de afectación y de cobertura de los órganos estatales a los cuales el Convenio los vincula, y por ello el Estado chileno vulnera lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5 de la Constitución.

En lo particular, el decreto no cumple con los estándares internacionales respecto de la consulta previa en varios artículos. A modo de ejemplo, el artículo 15, que regula la “oportunidad de la consulta”, establece que en caso de que se trate de medidas legislativas la consulta operará “en forma previa a su envío al Congreso” y si se trata de reglamentos, se realizará antes de “su envío a la Contraloría General de la República”. En segundo lugar, los artículos 2, 17 y 18 del decreto establecen lo que sería la dinámica de la consulta, tratando de la participación, la entrega de información y los plazos de recepción de observaciones, respectivamente: mientras lo primero no satisface lo esencial de la consulta, es decir, la idea de “un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos”,⁵⁷ lo segundo, el plazo de consulta (de 30 o 60 días), no parece respetar la idea de reconocer las identidades de las comunidades indígenas y sus tiempos particulares de toma de decisiones internas.

Además el decreto restringe los alcances del Convenio en dos casos concretos, a saber: (a) limita las medidas que deben someterse a consulta, pues el art. 4 del decreto excluye del ámbito del deber

56 La ley 19.880, del Ministerio Secretaría General de la República, publicada en el *Diario Oficial* el 29 de mayo de 2003, establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración del Estado. “Artículo 18: Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso. Además, deberá llevarse un registro actualizado, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados, en el que consten las actuaciones señaladas en el inciso precedente, con indicación de la fecha y hora de su presentación, ocurrencia o envío”.

57 CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM), el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR) y el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.289/17/3, marzo de 2004, párr. 94.

de consulta a la Contraloría General de la República, el Banco Central, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley, siendo que la obligación del Estado es consultar *toda política oficial* que pueda afectar directamente a los pueblos originarios; y (b) el artículo 7 del decreto establece que se “entenderá por afectación directa” cuando el plan o programa tenga “relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la Ley N°19.253”, o bien, cuando se refiera a un aspecto cuantitativo de indígenas afectados. Sin embargo, la consulta “no se limita a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también [es aplicable] a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas”;⁵⁸ por lo que mal se podría considerar que la afectación que pueda soportar una comunidad indígena se relacione solo con materias de territorios, excluyendo, por ejemplo, temas como la educación, un aspecto fundamental en la permanencia de la cultura tradicional de los pueblos originarios.

De lo anterior se colige que el Decreto Supremo 124 no satisface plenamente los intereses de las comunidades indígenas ni de los organismos de derechos humanos, pues deja la puerta abierta para ambigüedades, tanto de parte de los órganos estatales a los que toca asumir el deber de consulta previa como de los tribunales del país y entre los actores privados que buscan desarrollar proyectos de inversión.

2.4.3. La consulta previa y las leyes sectoriales

Una de las áreas más sensibles para la protección de los derechos de los pueblos indígenas es la metodología de aprobación estatal para la realización de proyectos de desarrollo en territorios indígenas. En numerosos países, buena parte de los recursos naturales emplazados en territorios indígenas ofrecen grandes oportunidades para la inversión privada; por ello es necesario que las leyes cautelen los derechos de los pueblos afectados, al tiempo que dan garantías a quienes desean invertir y necesitan tener reglas claras a las que atenerse.

Al regular la consulta previa, el Decreto Supremo 124 dispuso que los proyectos de inversión en tierras indígenas deben someterse a las normas sobre participación de las “respectivas normativas sectoriales” (art. 5): si se trata de un proyecto minero, habrá que atender al Código de Minería; si se trata de una servidumbre eléctrica, habrá que atender a la ley de servicios eléctricos, y así sucesivamente. El problema es que dichas normas por lo general *no* contemplan mecanismos de consulta y/o participación, entre otras razones porque fue-

58 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 273.

ron dictadas sin que se tuviera en mente la posibilidad de consultar a los pueblos indígenas.

Lo que sí se aplica de manera genérica, e importa decisivamente para efectos del estudio de la implementación del derecho de consulta previa, son los instrumentos de gestión ambiental como los procesos de evaluación de proyectos de desarrollo. Como se adelantó, en Chile estos pueden ingresar en un sistema de evaluación como “declaraciones” o “estudios” de impacto ambiental, dependiendo de la magnitud del impacto esperado de su actividad.

De acuerdo con la ley, se requiere de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) en los siguientes casos:

- a) riesgo para la salud de la población por la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos
- b) efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos suelo, agua y aire
- c) reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos
- d) localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar el proyecto
- e) alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y
- f) alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.⁵⁹

Entre las hipótesis de afectación destaca la c), que suele vincularse con la situación en que se encuentran los pueblos indígenas: los proyectos de desarrollo normalmente alteran significativamente sus sistemas de vida y costumbres, pudiendo llegar al extremo del reasentamiento.

En los casos en que no se produzca este tipo de afectaciones los proyectos pueden ingresar como Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA). Como se dijo más arriba, la gran diferencia entre estos dos instrumentos radica en que los estudios contemplan un procedimiento de participación ciudadana (arts. 26 a 31) y las declaraciones no.⁶⁰ Como es evidente, ante los estándares del Convenio 169 la distinción pierde sentido, en tanto aquellos obligan a realizar consulta *cada vez* que se prevean medidas que afecten directamente a pueblos indígenas.

59 Ley 19.300, artículo 11.

60 En 2010, la ley 20.417 modificó en varios aspectos la ley 19.300. Uno de los ámbitos relevantes, para efectos de este informe, es la incorporación de procedimientos de participación ciudadana para las DIA, cuestión que, en todo caso, solo estará vigente cuando el Ejecutivo dicte el reglamento de la ley, el cual, a abril de 2013, aún estaba en elaboración.

Sintéticamente, la participación ciudadana es un derecho que tiene cualquier persona interesada en un proyecto presentado al SEIA (Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que reúne las dos opciones de evaluación), que la legitima para realizar observaciones durante el procedimiento –cuando corresponda– ante el organismo competente, en un plazo no superior a sesenta días, contados desde la publicación del extracto del proyecto en el *Diario Oficial*,⁶¹ que entre otras cosas publica el nombre de la persona natural o jurídica responsable del proyecto, el lugar donde este se ejecutará, la indicación del tipo de proyecto, el monto estimado de inversión, los principales efectos ambientales que se prevén y las medidas mitigadoras que se proponen.

Si durante el procedimiento el EIA es objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, el organismo competente tiene un mandato legal para abrir una nueva etapa de participación ciudadana, cuyo plazo es de treinta días. Lo interesante de esta participación es que la administración tiene el deber de considerar las observaciones aportadas en el procedimiento y hacerse cargo de estas fundamentadamente al momento de decretar su resolución;⁶² si las observaciones de la comunidad no son consideradas, el interesado podrá recurrir mediante el recurso de reclamación, que deberá interponerse dentro del plazo de treinta días contados desde la notificación de la resolución recurrida.⁶³

Se trata de un derecho de carácter abstracto, que no se vincula con ningún sector de la población en particular sino con aquellos que

61 Ley 19.300, artículos 28, 29 y 30.

62 Íd., artículo 29, inciso 3: “El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de estas, pronunciándose fundamentadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto”.

63 Íd., artículo 20: “En contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida. La autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contados desde la interposición del recurso, según se trate de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental.

Con el objeto de resolver las reclamaciones señaladas en el inciso primero, el Director Ejecutivo y el Comité de Ministros podrá solicitar a terceros, de acreditada calificación técnica en las materias de que se trate, un informe independiente con el objeto de ilustrar adecuadamente la decisión. El reglamento establecerá cómo se seleccionará a dicho comité y las condiciones a las que deberá ajustarse la solicitud del informe.

En el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, el Comité de Ministros deberá solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental.

De lo resuelto mediante dicha resolución fundada se podrá reclamar, dentro del plazo de treinta días contado desde su notificación, ante el Tribunal Ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y siguientes de esta ley.

La resolución que niegue lugar o que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental será notificada a todos los organismos del Estado que sean competentes para resolver sobre la realización del respectivo proyecto o actividad”.

eventualmente tengan interés en un proyecto ambiental; y la carga de llevar adelante el procedimiento recae en el individuo que participa. A pesar de lo anterior, el texto no incluye conceptos como “procedimientos apropiados”, “instituciones representativas”, “buena fe”, “finalidad de llegar a acuerdos”, etc., que constituyen aspectos fundamentales de la consulta previa establecida en el artículo 6 del Convenio 169. Ello contrasta con la opinión del Tribunal Constitucional, que el año 2000 sostuvo que:

los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26 al 31° de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley Indígena.⁶⁴

El principal problema de la doctrina que presenta el TC es, como muestra este estudio, que son muchos, y a veces muy graves, los casos en que proyectos de inversión ingresan al sistema de evaluación ambiental como DIA, dejando a los afectados en una posición muy desvalida frente al particular y al propio Estado. Pero además, aun si un proyecto ingresa como EIA no se cumple cabalmente el Convenio, porque la “participación ciudadana”, así como está concebida en la ley ambiental, no opera de la misma forma que la consulta del Convenio 169. Conceder una instancia de participación solo al momento de la presentación del proyecto, excluyéndola cuando la autoridad ambiental exige al titular del proyecto que aclare, rectifique o enmiende algún aspecto, y la diferencia en los recursos de reclamación, son los obstáculos más serios que la institucionalidad ambiental contempla en la Ley 19.300.⁶⁵

Desafortunadamente no ha habido una solución permanente para este problema. Como en algunos casos ha primado la normativa sectorial por sobre el Convenio, a partir del planteamiento del TC que dispone la incorporación de la consulta y la participación en normas sectoriales se vislumbran dos perspectivas: (1) una reforma sustancial del reglamento sectorial, que incorpore explícitamente los aspectos normados del Convenio, o (2) que los órganos del Estado y los tribunales del país actúen a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos que se han construido a partir del ejercicio del derecho a la consulta previa. Sin embargo, los órganos públicos han descansado en buena medida en las resoluciones de las cortes, las que, como se revisará en la sección siguiente, tampoco han sido consistentes.

64 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309-2000, 4 de agosto de 2000.

65 Cfr. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009*, Santiago, Ediciones UDP, pp. 393-397.

2.4.4. Jurisprudencia sobre el Convenio 169

Desde la entrada en vigencia del Convenio en septiembre del año 2009 los tribunales superiores del país han desarrollado una jurisprudencia amplia, pero al mismo tiempo errática.

Inicialmente las cortes de apelaciones (que son los tribunales que conocen en primera instancia las acciones constitucionales de protección de derechos)⁶⁶ mantuvieron una postura favorable al uso de los estándares del Convenio, incluso por sobre los mecanismos nacionales como el decreto 124. Pero sus fallos solían encontrar resistencia en la Corte Suprema. Mientras los tribunales de primera instancia daban aplicación a las normas sobre consulta, en numerosos casos la Corte Suprema –actuando como tribunal de segunda instancia– eliminaba las consideraciones y los argumentos basados en el derecho internacional. La situación comenzó a cambiar en 2011, momento en que la Corte Suprema pareció entender la importancia y centralidad de los estándares del Convenio, y poco a poco fue dándoles aplicación, particularmente en materia de consulta previa.

Si al principio la doctrina sostenía que las normas sobre participación ciudadana de la ley ambiental eran plenamente suficientes para dar cumplimiento a los requerimientos del Convenio, luego se fue asentando la tesis que distingue los procedimientos de consulta y obliga a conducir los procesos en el marco de la participación ciudadana de la ley ambiental pero respetando y utilizando los estándares del Convenio.

Siguiendo esta línea argumental, se ha alegado que el Estado chileno no puede incumplir sus compromisos internacionales so pretexto de la norma interna,⁶⁷ se han diferenciado los mecanismos de participación ambiental del derecho a consulta,⁶⁸ se ha sostenido que la ausencia de la opinión de las comunidades involucradas es argumento para impugnar una calificación ambiental⁶⁹ y se ha entendido que la consulta a las comunidades constituye un elemento importante para ejercer legítimamente un acto administrativo.⁷⁰ Estos cuatro ejemplos de fallos de tribunales del sur del país ilustran el esfuerzo por invocar el Convenio y tutelar de manera efectiva los derechos.

66 El recurso de protección, equivalente al hábeas corpus en la cultura jurídica latinoamericana, ha sido el camino procesal por el cual los recurrentes han reclamado para sí los derechos que el Convenio 169 establece. Se define como “acción constitucional que permite a la persona que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales, concurrir a una Corte de Apelación con el objeto de impetrar la adopción de las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar su protección, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los Tribunales de Justicia”. Alfonso Perramont y Francisco Zúñiga, *Acciones constitucionales*, Santiago, LexisNexis, 2003, p. 74.

67 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol 1.705/2009, 21 de enero de 2010.

68 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Sentencia Rol 36/2010, 27 de julio de 2010.

69 Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia Rol 243/2010, 4 de agosto de 2010.

70 Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia Rol 289/2010, 10 de agosto de 2010.

Se encuentran también argumentos de recurso extemporáneo.⁷¹ Someter a trámite vía acción de protección un tema de lato conocimiento, como la naturaleza de una resolución de calificación ambiental,⁷² o argumentar que el Convenio 169 no estaba vigente cuando se realizó el acto administrativo impugnado⁷³ son, entre otros, motivos por los cuales las pretensiones de diversas comunidades indígenas no se han acogido.

La mayoría de estos casos se relacionan con la institucionalidad ambiental (son excepción los casos de la machi Lincolao y el de *Cerro Colo Colo*, vinculados a la tala ilegal de árboles con significación cultural indígena)⁷⁴ y en concreto en la relación entre la participación ciudadana y la consulta previa que han de exigir las comunidades indígenas.

La tendencia jurisprudencial exhibe dos polos bastantes demarcados. Uno agrupa las sentencias que recogen abiertamente el Convenio y el deber de consulta previa ante cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a comunidades indígenas, con independencia de si se trata de una medida que amerite participación ciudadana o no; el otro polo desmantela los términos del Convenio y equipara la participación ciudadana con la consulta previa, de manera que el cumplimiento de la primera supone el cumplimiento de la segunda.

Uno de los ejemplos más notorios, pues tuvo pronta sustanciación en la Corte Suprema, fue el caso de Palguín Bajo. La comunidad mapuche de Palguín Bajo, ubicada en la comuna de Pucón, en la Región de la Araucanía, interpuso un recurso de protección en contra de la CO-REMA de la Araucanía por la Resolución Exenta 242 de 9 de octubre de 2009, que calificaba favorablemente la DIA del proyecto “Piscicultura Palguín”, que contemplaba la instalación de piscinas de piscicultura en el río Palguín, en pleno territorio mapuche. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que

la resolución objeto de esta causa, detallada en el motivo primero, es ilegal por cuanto, existiendo como derecho vigente el artículo 6 N°1 letra a) del Convenio 169 ya citado, la autoridad recurrida no la ha aplicado a este caso concreto, debiendo

71 Corte de Apelaciones de Arica, Sentencia Rol 16/2010, 19 de febrero de 2010. Destaca el voto en contra del ministro Brito en la apelación de dicha sentencia, que rechaza el recurso por presentarse de forma extemporánea (“la decisión atacada debió dar cumplimiento al referido Convenio, por cuanto al momento de su dictación éste se encontraba vigente y por ello el disidente estima que se incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos”. Corte Suprema, Sentencia Rol 2.262, 16 de junio de 2011), lo que es importante pues estima la idea del proceso de consulta, aquella que no se agota en una mera instancia de información, y porque el ministro considera que “informar no constituye un acto de consulta”, dando ejemplo de una lectura adecuada de los estándares internacionales de la consulta previa. 72 Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia Rol 401/2010, 1 de diciembre de 2010.

73 Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol 1.794/2010, 31 de enero de 2011.

74 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol 1.773/2008, 16 de septiembre de 2009, y Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia Rol 289/2010, 10 de agosto de 2010.

haberlo hecho, pues como lo señaló con precisión el Tribunal Constitucional en las sentencias antes singularizadas, dicho artículo es imperativo para la autoridad y autoejecutable.⁷⁵

La aplicación directa del Convenio como una obligación que vincula a la Administración es correcta. Sin embargo, al cabo de un tiempo la Corte Suprema supeditó la afectación directa del convenio a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 19.300, desmantelando así el sentido del Convenio:

en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio 169, ello hubiese significado –de manera indefectible– que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación.⁷⁶

A un razonamiento distinto arribó la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el caso de la comunidad mapuche huilliche Pepiukelen, que se opuso a la ampliación de una piscina de piscicultura ya instalada en territorio indígena, debido a que en ese lugar, además de realizar actividades sociales, culturales y de ecoturismo, se encontraba un importante centro ceremonial de la comunidad. En su oportunidad, la Corte señaló que

ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169; tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales.⁷⁷

Y aunque en este caso la Corte Suprema optó por confirmar la sentencia apelada,⁷⁸ que acogía el recurso presentado por la comunidad,

75 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol 1.705/2009, 21 de enero de 2010, considerando 11.

76 Corte Suprema, Sentencia Rol 1.525/2010, 17 de mayo de 2010, considerando 12.

77 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Sentencia Rol 36/2010, 27 de julio de 2010, considerando 9.

78 Corte Suprema, Sentencia Rol 5.757/2010, 15 de septiembre de 2010.

para tal confirmación se suprimieron los considerandos noveno y décimo, precisamente aquellos que hacían referencia explícita a la vigencia y eficacia del Convenio 169 en la materia. Como se puede ver, para la Corte Suprema era posible dar tutela a los derechos vulnerados sin que para ello importase dar aplicación al Convenio 169.

A contracorriente de lo que se venía haciendo en las Cortes sureas, la Corte de Antofagasta rechazó la acción de protección presentada por la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños en contra de la Resolución Exenta 275/2010 de 15 de septiembre de 2010, que calificó favorablemente el proyecto “Actualización Plan Regulador de San Pedro de Atacama”, ingresado al sistema mediante una DIA:

en la elaboración del Proyecto en cuestión se contó con la participación ciudadana, realizándose varias audiencias, recibiendo 21 observaciones, no estimándose procedente la consulta contemplada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, desde que de existir afectación que supone la consulta previa, habría significado que concurrieran los efectos ambientales del artículo 11 [de la Ley 19.300], tornándose indispensable el Estudio de Impacto Ambiental. Por lo demás, como se expresara, *la comunidad fue escuchada en la instancia pertinente...*⁷⁹

La sentencia anterior hace suyo el fallo pronunciado por la Corte Suprema en el caso *Palguín*, e incluye la opinión de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Antofagasta. Esto significa que “no variará su decisión técnica”, independientemente de la consulta realizada a las comunidades indígenas. Es notoria la distancia del objetivo de la consulta, a saber, la necesidad de llegar a un acuerdo, más allá de las consideraciones técnicas que pudiesen condicionar una decisión.

Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia, señalando que “para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N°169 contempla”,⁸⁰ es decir, deberá ceñirse a los estándares internacionales sobre la consulta previa y no a los propios de la ley ambiental. Y es que ahora, para la Corte, “desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir”.⁸¹

79 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Sentencia Rol 782/2010, 21 de diciembre de 2010, considerando 10 (énfasis agregado).

80 Corte Suprema, Sentencia Rol 258/2011, 13 de julio de 2011, considerando 10.

81 Íd., considerando 8.

Esta sentencia del máximo tribunal es importante por tres razones: a) porque por primera vez la Corte Suprema asume la importancia de la consulta y la diferencia de la participación ciudadana, b) porque de ella se desprende que la Corte comprende la realización de la consulta como el medio más idóneo de participación efectiva que permite una influencia directa en la toma de decisiones, en contraposición a lo argumentado por la COREMA de Antofagasta, y c) porque representa un avance en el reconocimiento y la eficacia del Convenio, dejando, al menos en este caso, la tendencia jurisprudencial anterior que anulaba o limitaba la consulta previa a la participación ciudadana.

A pesar de todo, se pueden encontrar algunos fallos que apuntan en sentido contrario. Por ejemplo, a propósito de la concesión “Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”, siete comunidades colindantes al área de construcción presentaron un recurso de protección en contra del decreto 121 del Ministerio de Obras Públicas de 12 de febrero de 2010, que adjudicaba el contrato de concesión para la ejecución según lo dispuesto en el “Anteproyecto referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”, según Resolución Exenta 2406 de 5 de octubre de 2007, es decir, que el caso contempla no uno sino dos actos administrativos, relacionados consecucionalmente.

En este caso la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó las pretensiones de los recurrentes al considerar, independientemente de las cuestiones de vigencia del Convenio y la realización del EIA, que

el deber general de consultar a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento, incorporado a dicha legislación ambiental, a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen, satisface –en este caso por los antecedentes ya expuestos– la exigencia del Convenio en referencia.⁸²

La Corte Suprema confirmó lo fallado por tratarse de “la culminación de todo un proceso” y porque al momento de iniciarse la tramitación del procedimiento administrativo “no se encontraba vigente el Convenio 169 de la OIT”.⁸³ El ministro Brito, quien estuvo por acoger la apelación, sostuvo en cambio que

la decisión atacada debió dar cumplimiento al referido Convenio, por cuanto al momento de su dictación éste se encontraba

82 Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol 1.794/2010, 31 de enero de 2011, considerando 10.

83 Corte Suprema, Sentencia Rol 1.608/2011, 6 de mayo de 2011, considerando 4.

vigente y por ello el disidente estima que se incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere.⁸⁴

El argumento anterior hace referencia a una sutil pero importante distinción, a saber, si el Convenio estaba vigente al momento del dictamen del decreto que adjudicó a la constructora Belfi S.A. el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación del aeropuerto, independientemente de que no lo haya estado al dictarse la Resolución de Calificación Ambiental en 2007. Como se explica en la sección sobre las características y condiciones de implementación de la consulta previa en el derecho internacional, esta ha de realizarse en *cada* etapa de un proyecto, no solo al principio, como fue comprendido en este caso.⁸⁵

Durante el año 2012, y hasta el cierre de esta investigación, se dictaron varios fallos interesantes sobre esta materia. En el caso *Parque Eólico Chiloé* la comunidad indígena Antu Lafquen de Huentetique interpuso un recurso de protección en contra de la Resolución Exenta 373/2011 que calificó favorablemente el proyecto (ingresado vía DIA), que se ubica a 4 kilómetros de la comunidad indígena y a 400 metros de asentamientos indígenas, en particular de un cementerio indígena. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, además de considerar que la resolución de calificación ambiental es un acto de opinión y no uno material de resultado, presupuesto indispensable para el éxito de la acción de protección,⁸⁶ reafirma el principio según el cual sería la ley ambiental la que da el marco para la conducción de procesos de consulta previa:

la participación de las comunidades indígenas en el marco de la Ley 19.300, en relación con los derechos consagrados en la normativa internacional, contenida preferentemente en el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental.⁸⁷

Sin embargo, en los fallos de la Corte Suprema se ha vislumbrado una nueva perspectiva en su planteamiento acerca de la regulación

84 Íd., voto en contra del ministro Haroldo Brito.

85 Ver la sección 4.5.1 sobre estándares internacionales en materia de consulta previa.

86 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Sentencia Rol 239/2011, 11 de octubre de 2011, considerando 6.

87 Íd., considerando 9.

interna del derecho de consulta previa. En el caso precedente, adoptó una postura más proactiva, *calificando el mérito* que tuvo la Administración para evaluar un proyecto por vía de una DIA en lugar de un EIA, y reiteró la doctrina respecto de los caracteres distintivos de la consulta.⁸⁸ También sostiene que la consulta corresponde a “un mecanismo de participación que les asegura *el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero* a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”.⁸⁹ No es menor que la Corte haya calificado la consulta como manifestación de un derecho fundamental, pues ello supone su fortalecimiento en el contexto de la interpretación constitucional.

Otra sentencia reciente que destaca es aquella que ordena dejar sin efecto la resolución de calificación ambiental de la COREMA de Tarapacá respecto del proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”.⁹⁰ La Corte reafirma la tesis del derecho de consulta previa como un derecho esencial (c. 5); rechaza los mecanismos de reuniones y talleres informativos por considerarlos insuficientes para dar cumplimiento al Convenio 169 (c. 7) y reafirma la vulneración del derecho a la igualdad como fundamento para acoger el recurso de protección. Es interesante en este fallo la consideración especial que tiene la consulta por tratarse de una comunidad emplazada en un Área de Desarrollo Indígena, lo que supone un estándar de protección aun más elevado (c. 7).

Estas decisiones crean un escenario diferente al que predominó durante la etapa inicial de implementación del Convenio, toda vez que (i) articulan el derecho a la consulta previa como un *derecho esencial* reconocido por la Constitución; (ii) establecen la doctrina de que la consulta previa del Convenio 169 es *distintiva*, y no queda subsumida en las normas de la legislación chilena, la cual debe adecuarse a los estándares del Convenio; (iii) se fundan preferentemente en el derecho a la igualdad y la ausencia del deber de fundamentar procesos administrativos; (iv) en lugar de confirmar sentencias que acogen recursos de protección, *revocan* decisiones de primera instancia, lo que da cuenta de una doctrina que se asienta, y (v) dado que son recientes y consistentes en sus tesis, permiten proyectar esta doctrina judicial para el corto y mediano plazo.

88 “Que las instancias de participación (...) consistentes en reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”. Corte Suprema, Sentencia Rol 10.090/2011, 22 de marzo de 2012, considerando 8. 89 *Id.*, considerando 5, énfasis agregado.

90 Corte Suprema, Sentencia Rol 11.040/2011, 30 de marzo de 2012.

A estos fallos del máximo tribunal se agrega la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta sobre el proyecto minero conocido como “El Morro”.⁹¹ En febrero de 2012 el tribunal dejó sin efecto la Resolución de Calificación Ambiental que aprobó el EIA respectivo. Si bien reconoce que la materia es esencialmente técnica y que, por lo mismo, escapa a las competencias de un tribunal (c. 8), basándose en la ley indígena, en el Convenio 169 (arts. 6, 7 y 15) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 26 y 27), estima que se han vulnerado determinados derechos fundamentales al momento de considerar la opinión y los intereses de determinadas personas, excluyendo a otras, en la evaluación de las medidas que se debían adoptar por causa del reasentamiento de comunidades humanas o la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, conforme a la ley ambiental (art. 11, letra c).

La Corte de Antofagasta entiende que, aun cuando una determinada comunidad no esté reconocida como “indígena” al momento de la elaboración del EIA, si de hecho lo son, no considerarlos como tales en el estudio –específicamente en cuanto a su reasentamiento y afectación significativa de su sistema de vida– lesiona su derecho a la igualdad y amenaza su derecho de propiedad. Aunque no lo señala en forma expresa, debe entenderse, en base a la doctrina de la Corte Suprema, que la manera de considerar el parecer de quienes fueron ilegalmente excluidos del estudio es *de conformidad a los estándares del Convenio 169*.⁹²

Así las cosas, la jurisprudencia no ha logrado marcar un camino inequívoco, lo que genera algún grado de incertidumbre tanto entre los pueblos indígenas como entre los actores privados. Los diversos criterios a los que acuden las distintas Cortes para aplicar el Convenio y para enmarcar la consulta previa en la institucionalidad interna, habida consideración de lo dispuesto por el TC, dan cuenta de la necesidad de establecer un criterio claro en lo que respecta al alcance de la consulta previa en nuestro contexto jurídico.

91 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Sentencia Rol 618/2011, 17 de febrero de 2012.

92 Lo anterior es particularmente relevante ya que, al tratarse de los efectos, características y circunstancias del reasentamiento, no solo se debe aplicar el artículo 6 del Convenio (estándar de la consulta genérica), sino además el artículo 16.2, que contempla el estándar del consentimiento previo, libre e informado: “Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, *solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa*. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.

2.4.5. El acto administrativo: consulta previa versus participación ciudadana

Tanto en los casos que son objeto de este estudio como en general en las diversas situaciones que llegan a tribunales donde se debate la implementación de estándares sobre consulta previa, lo que se impugna son resoluciones de calificación ambiental, vale decir, actos administrativos que emanan de órganos del Ejecutivo competentes en cuestiones ambientales. Al respecto es importante tener presente que lo que ordena el Convenio 169 de la OIT es un proceso de consulta distintivo, esto es, diferente de los procesos que la legislación chilena contempla, como es el de participación ciudadana (en los casos de proyectos sometidos a Estudios de Impacto Ambiental) o bien la obligación de “sociabilizar” que existe para aquellos proyectos que no caen bajo los requerimientos de los EIA; procesos que, como se ha visto, no emanan del derecho internacional y si bien están relacionados, no son equivalentes al que ordena el tratado.

El ordenamiento jurídico chileno entiende por acto administrativo “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.⁹³ Su ámbito de aplicación cubre los Ministerios, las Intendencias, los gobernadores y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa del Estado.⁹⁴ La Ley 18.880 lo regula a fin de que cumplan con los principios y obligaciones contemplados en la Constitución y en las leyes sectoriales que aplican, y por tratarse de actos de la Administración, que emanan de un órgano competente, gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios desde su entrada en vigencia.⁹⁵

En el caso de la Ley 19.300, los proyectos que ingresan al SEIA buscan su aprobación mediante la Resolución de Calificación Ambiental, o RCA.⁹⁶ Dicho acto da término al procedimiento administrativo que se inicia en el sistema, constituyendo una manifestación de la autoridad ambiental. Su poder vinculante –los otros órganos del Estado no podrán denegar las autorizaciones ambientales que el titular haya de solicitar– dio paso a que la misma Corte Suprema acuñara el concepto de “trascendencia” que le permitiría justificar la eventual revisión judicial de una RCA mediante acción de protección.⁹⁷

93 Ley 19.880, artículo 3, inciso 2°.

94 Íd., artículo 2. Dependiendo del órgano que los emita, los actos revestirán las características de *Decreto Supremo*, que es una orden escrita dictada por el Presidente de la República o un ministro en asuntos propios de su competencia; *resoluciones*, actos emitidos por alguna autoridad dotada de poder de decisión; y *dictámenes*, que son declaraciones o declaraciones de juicio.

95 Ley 19.880, artículo 3, inciso final.

96 Ley 19.300, artículo 24.

97 Constitución Política de la República, artículo 20. La Corte Suprema señaló, ante una RCA que incurría en una ilegalidad, que “la eventual concurrencia de estos presupuestos en el acto

En cuanto a la obligación de consulta previa, en tanto emana de estándares internacionales que se incorporan al derecho interno, y que disponen que “cada vez” que el Estado adopte medidas administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas deberá consultárseles, no cabe distinguir entre las RCA que ponen término a Estudios de Impacto Ambiental y aquellas que ponen fin a Declaraciones. Como ha señalado la propia OIT,

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, así como la obligación del Gobierno de consultar previamente con los pueblos indígenas, nace directamente del Convenio núm. 169 y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional.⁹⁸

Como se ha señalado en páginas anteriores, la consulta previa se ha subsumido en la figura de la participación ciudadana, la cual se encuentra normada en los artículos 4 y desde el artículo 26 al 31 de la Ley 19.300, y que ha de constituirse como un derecho a que cualquier persona, en la medida en que tenga interés, pueda participar en los procesos de evaluación ambiental, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 30. De este modo, el derecho a participar dentro de los espacios que la propia ley flanquea es una posibilidad cierta y abierta, y en ningún caso un aspecto reglado y obligatorio en favor de un grupo determinado de personas, como el derecho a la consulta previa. Los intereses y derechos que están en juego en los procesos de participación ciudadana bajo la ley ambiental son genéricos (cualquier persona o grupo de personas, indígenas o no, tiene derecho a participar), mientras que los requerimientos que emanan del deber de consulta son específicos a un grupo de personas, los indígenas.

En razón de lo anterior es que las características de ambos mecanismos de interacción tienen fisonomías propias y diferenciadas. La ley ambiental dispone que la participación ciudadana

comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas (artículo 30 bis).

matriz que determine la concreción de un proyecto con la posible transgresión a garantías amparadas por la Carta Fundamental, hace conducente que la Resolución que dicte la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente respecto de un proyecto de impacto ambiental pueda ser impugnada por el presente arbitro constitucional”. Corte Suprema, Sentencia Rol 1.219-2009, 22 de junio de 2009, considerando 3.

98 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 66, www.ilo.org.

Se trata esencialmente de la facultad para realizar observaciones, las cuales tienen que ser fundamentadas por la autoridad, pero no supone una carga sobre el Estado tan robusta como el deber de consulta. En efecto, mientras el Convenio utiliza una forma imperativa –el Estado “deberá” consultar (las medidas que afecten a pueblos indígenas)–, las regulaciones chilenas emplean formas facultativas (“podrá” consultarse). Ello evidentemente genera discrepancias importantes en la comprensión y aplicación de ambas formas de intervención: la consulta no es una instancia en la cual simplemente se proporcione información a los pueblos indígenas sobre decisiones ya resueltas o en proceso, sin darles la oportunidad de influir en la toma de decisiones. Por ello es correcta la comprensión de la figura de la consulta que adopta la Corte Suprema en su jurisprudencia más reciente, cuando distingue los mecanismos y señala que los estándares y las exigencias del Convenio 169 deben *agregarse* al procedimiento de participación ciudadana contemplado en la legislación ambiental.

Otra diferencia importante está en la responsabilidad de ejercer la instancia de participación. A diferencia de la consulta previa, donde la obligación de concretarla recae sobre el Estado, la participación ciudadana en la ley ambiental exige al privado que socialice el proyecto. Peor aun, la autoridad no ha asumido la necesidad de proveer una regulación detallada de las formas de llevar adelante esta obligación, con lo cual se produce, como veremos más adelante, una suerte de “delegación” del deber de requerir la participación, provocada por la ausencia del Estado en la materialización del proceso.

De esta forma, cuando las cortes deben responder a la pregunta sobre la ilegalidad en la que incurrirían las RCA al no realizar la consulta previa, deben tener en consideración todos y cada uno de los argumentos reseñados. Es importante mirar el conjunto de actos y actuaciones administrativas dado que “el procedimiento administrativo es antes que nada (...) el mecanismo destinado a introducir cautelas y garantías con respecto a las situaciones jurídicas particulares que van a verse involucradas por la terminación o dictación de los actos administrativos”.⁹⁹ Para asegurar que se da plena tutela a esas garantías, los jueces deben abordar las diversas consecuencias que se siguen del derecho a la consulta previa, como mecanismo distintivo y propio del Convenio, distinto de los procedimientos que ya existían en la legislación chilena.

La lógica tras el criterio que identifica la consulta previa con la participación ciudadana tiene su fundamento en el criterio utilizado por el TC, el que acarrea como consecuencia la posibilidad de recurrir in-

99 Luis Cordero, “El procedimiento administrativo. Apuntes de procedimiento administrativo”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, s/f, p. 21.

distintamente a ambos mecanismos, es decir, la igualdad o no de la consulta y la participación. Y es que, por un lado, el TC sostiene que, si bien en la legislación chilena existen instituciones similares, el bien jurídico protegido de ambas respondería a distintas circunstancias; por otro, sin embargo, plantea la tesis de que el sistema interno efectivamente contempla el tipo de consulta que exige el Convenio, como si la norma interna y sectorial se hubiese inspirado en el tratado, aun con anterioridad a su ratificación, lo cual evidentemente no es efectivo.

Lo que debiesen tener claro las Cortes al momento de fallar es, en primer lugar, que la consulta previa se asemeja pero jurídicamente no es igual a la participación ciudadana; en seguida, que atendiendo a la naturaleza de una RCA la consulta previa debiese operar, toda vez que se trata de una medida administrativa que por su “trascendencia” puede afectar directamente a los pueblos indígenas independientemente de si poseen o no títulos de dominio sobre los territorios en donde se pretende emplazar los proyectos de inversión; en tercer lugar, que la obligación de la consulta previa recae en los órganos del Estado de manera esencial, y no puede delegar en los privados el deber jurídico de instaurar mecanismos para la consulta; finalmente, que el objetivo de la consulta no se satisface con la mera socialización del proyecto o la recolección de información que permiten los procedimientos de participación ciudadana.¹⁰⁰

2.4.6. La “gran consulta” sobre la institucionalidad indígena

El 8 de mayo de 2011, luego de varias sesiones de la Mesa de Diálogo para un Reencuentro Histórico,¹⁰¹ instancia iniciada a propósito de la huelga de hambre de 34 comuneros mapuche imputados por la “ley antiterrorista”,¹⁰² el entonces ministro de Planificación, Felipe Kast,

100 Ver CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento de Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC)*, GB.299/6/1, 4 de junio de 2007, párr.48. En su oportunidad, el Comité señaló que el deber de consulta “procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos”. Ver también Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C 79, párr.153, y CIDH, *Derechos de Los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 293.

101 La Nación.cl, “Mapuches: Piñera anuncia mesa de diálogo”, 17 de septiembre de 2010.

102 La aplicación de esta ley es polémica pues dota al Ministerio Público de herramientas jurídicas (como los “testigos encubiertos”, que no pueden ser contrainterrogados, o plazos de detención prolongados) que ponen en jaque el debido proceso. Al respecto, y a propósito de la huelga de hambre de presos mapuche de la Coordinadora Arauco Malleco, el otrora presidente de la Corte Suprema Milton Juica dijo: “Nuestra posición en general es crítica respecto de que exista una ley antiterrorista, que en un Estado democrático debiera ser corregida, modificada y atenuada en sus efectos y asegurar el debido proceso, que todos los procesos sean de la misma manera para todos los justiciables”. Cooperativa.cl: “Juica: Hay que tener una ley antiterrorista consecuente con un Estado democrático”, 12 de mayo de 2011. Su aplicación sistemática en

anunció la realización de una “gran consulta” nacional: “En una nueva señal de que para este Gobierno el diálogo y la participación de todos es un pilar fundamental, hemos tomado la decisión de realizar esta gran consulta sobre la institucionalidad indígena, donde no hemos querido dejar ningún tema afuera”.¹⁰³

Y así fue. La consulta fue pensada para inquirir a las distintas comunidades indígenas de Chile, todo en un mismo proceso, sobre al menos tres temas de mucha relevancia:

- El proyecto de reforma constitucional para dar reconocimiento a los pueblos indígenas.

- Una nueva institucionalidad indígena, que comprende el proyecto de ley que crea la Agencia de Desarrollo Indígena y el proyecto de ley que crea el Consejo de los Pueblos Indígenas.

- El procedimiento de consulta, que consiste en los procedimientos establecidos en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, por una parte, y el procedimiento de consulta como parte del reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y de las guías de procedimientos de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de proyectos con efectos significativos sobre los pueblos originarios en el SEIA.¹⁰⁴

La consulta sobre la institucionalidad indígena estaba planificada para realizarse entre abril y septiembre de 2011, y su ejecución se extendería a aquellas comunas con mayor concentración de población indígena, previa inscripción a través de un formulario vía Internet o en las oficinas regionales de la CONADI. La consulta en sí estaría compuesta por siete etapas consecutivas: una primera etapa de difusión e inscripción de los participantes a través de medios de comunicación regional y nacional; una segunda etapa de difusión e información sobre las medidas a consultar y los mecanismos de consulta, con visitas a terreno y capacitación de facilitadores; una tercera etapa de diálogos internos y mecanismos de apoyo, para que las propias comunidades discutieran los temas, contando con apoyo económico para esos diálogos o para la asesoría de expertos; una cuarta etapa de diálogos presenciales y recepción de opiniones desde la comunidad hacia la autoridad, con un total de 120 talleres locales de recepción de información; una

casos de conflicto social en la Región de la Araucanía ha motivado, entre otras razones, una demanda en contra del Estado de Chile ante la Corte IDH. Ver Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6*, 5 de octubre de 2009; CIDH, MC 321/10, Pueblo Indígena Rapa Nui (Chile), 7 de febrero de 2011; CIDH, MC 269/08, Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antríao del Pueblo Indígena Mapuche (Chile), 6 de abril de 2011; CIDH, Comunicado Público, 94/11, de 19 de agosto de 2011.

103 Consultaindigena.cl, “Ministro Kast anuncia realización de gran Consulta de Institucionalidad Indígena”, 8 de mayo de 2011.

104 Consultaindigena.cl, “Sebastián Donoso detalla las etapas del proceso de consulta”, 30 de mayo de 2011.

quinta etapa de recepción de propuestas por escrito (correo postal o electrónico), y una sexta etapa de sistematización y ponderación para la preparación del informe final de la consulta, el cual, por cierto, estaría sometido a un diálogo posterior con las comunidades indígenas (séptima etapa).

El proceso fue criticado por diversos actores, como parlamentarios¹⁰⁵ y la Red Indígena Legislativa y de Políticas Públicas (RILPP).¹⁰⁶ Uno de los argumentos más recurrentes fue que el proceso de esta consulta no cumplía con los estándares internacionales de derechos humanos, y que su realización estaba determinada por lo que reglamenta el Decreto Supremo 124, el que, según se vio, adolece de vicios por ser un instrumento jurídico inconsulto.

Las críticas del Poder Legislativo, de organismos de derechos humanos que han cuestionado la vigencia del DS 124¹⁰⁷ y de instituciones representativas de los pueblos originarios –las que llegaron hasta el Parlamento Europeo, pues la Unión Europea financiaba en parte estos procesos– llevaron al gobierno a suspender temporalmente la “gran consulta” e iniciar en cambio una etapa de definir los mecanismos y procesos para su futura realización, lo que se ha conocido como la “consulta de la consulta”. Así, a comienzos de septiembre de 2011, el ministro de Planificación (hoy, Desarrollo Social) Joaquín Lavín señaló haber “escuchado diferentes opiniones de los dirigentes de los pueblos originarios a lo largo del país, y haciendo eco a estos comentarios, hemos decidido realizar estos cambios y una evaluación de esta primera etapa, de manera que nos permita definir cómo continuar con la consulta de manera consensuada con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas”.¹⁰⁸

El hecho de paralizar una consulta de esta envergadura, comprometiéndolo recursos ya involucrados, es expresión de las dificultades que enfrentan las políticas públicas susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios si no se efectúan las consultas correspondientes. El riesgo de fracaso o frustración de las comunidades es un costo que se evitaría con una observancia prolija de los estándares internacionales de la consulta.

105 Ver Senado de la República, “Proyecto de acuerdo de los honorables senadores señores Navarro, Girardi, Gómez, Lagos y Quintana, sobre consultas indígenas en el marco del Convenio N° 169 de la OIT”, Boletín S 1.378-12, 2 de agosto de 2011; y Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Cámara de Diputados, Oficio 300-43-2011, dirigido a S.E. el Presidente de la República, de 16 de junio de 2011. En aquella sesión asistieron los diputados Sergio Aguiló, Nino Baltolu, Germán Becker, Fidel Espinoza, Hugo Gutiérrez, Gustavo Hasbún, Tucapel Jiménez, Cristián Letelier, Sergio Ojeda, Joel Rosales y Ximena Vidal.

106 PoliticaspUBLICAS.net, “Declaración. Encuentro de autoridades tradicionales y dirigentes de los pueblos indígenas”, 13 de mayo de 2011.

107 Ver Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Igualdad y no discriminación: pueblos indígenas”, *Informe anual 2010, Situación de los derechos humanos en Chile*, 2010.

108 Consultaindigena.cl, “Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de la Institucionalidad Indígena”, 1 de septiembre de 2011.

En cuanto a las críticas específicas que se pueden formular a este proceso de consulta –más allá de la existencia de un Decreto Supremo de dudosa constitucionalidad y de la tensión con los estándares internacionales de los derechos humanos que esta significa–, puede mencionarse el excesivo uso de medios virtuales para la comunicación entre los indígenas y la institucionalidad; muchas de las comunidades se encuentran en zonas rurales y montañosas que no tienen acceso a bienes básicos o cobertura de servicios de agua potable o electricidad, y mucho menos Internet.

Otra crítica tiene que ver con las materias a consultar y los plazos. No era razonable que, a la luz de los estándares internacionales de la consulta previa, esta tuviera como objetivo recabar la “opinión” de las comunidades sobre asuntos de alta complejidad técnica. Los memorandos y minutas de análisis no eran fáciles de procesar, incluso para quienes se dedican al estudio de estas materias, lo que instaló el argumento acerca de la falta de buena fe o al menos la inexistencia de “procedimientos adecuados” para llevar adelante la consulta. Por otro lado, determinar los tiempos de manera previa, es decir, sin consultarlos a los pueblos involucrados –y, por tanto, condicionando las reglas del juego de manera unilateral–, tampoco resulta un criterio acorde a los estándares internacionales respecto de los mecanismos pertinentes.¹⁰⁹

Un año después, el 8 de agosto de 2012, el ministro Lavín anunció la propuesta de una nueva normativa de consulta, la que simbólicamente se entregó a diversas organizaciones indígenas en las oficinas de la OIT en Chile. En la ocasión, el gobierno hizo público un reglamento de participación y consulta previa, así como una metodología para consultar esta propuesta, todo con el objeto de llegar a un reglamento consensuado con los pueblos indígenas. Si bien al cierre de esta investigación el proceso no finalizaba, resulta procedente mencionar los aspectos relevantes de estas propuestas y analizar su contexto.

En lo estrictamente jurídico, la propuesta del gobierno consiste en un reglamento de cuatro títulos y veintisiete artículos, cuyas mayores innovaciones –según la presentación realizada por el asesor presidencial para asuntos indígenas– están en los conceptos de consulta, afectación directa, sujetos de consulta, buena fe y medida administrativa, entre otras. La propuesta, conocida como “DS 125”, en referencia irónica al decreto inconsulta 124, ha sido también objeto de una serie de críticas, entre las cuales resaltan las del Relator Especial, James Anaya, en un documento público de noviembre de 2012.¹¹⁰ Una de las princi-

109 Como señala la OIT, “[l]a participación se efectuará a través de las propias instituciones tradicionales u organismos representativos de los pueblos interesados, y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que ésta las acepte”. Convenio 169, p. 19, www.es.pro169.org.

110 Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación

pales deficiencias de la propuesta es la idea de concebir el derecho a participar como un mero mecanismo (art. 3), cuando se sabe que es un derecho que puede adoptar distintas formas de manifestación. Otra es la persistencia en excluir del deber de consulta a ciertos órganos de la administración del Estado como las municipalidades (art. 4); restringir el reconocimiento de pueblos indígenas a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 19. 253, dejando de lado lo dispuesto por el Convenio 169 (art. 6); y establecer tres niveles de consulta, local, regional y nacional.

Ahora bien, lo que mayor resistencia ha generado es la redacción del artículo 5 de este reglamento, que dispone:

Proyectos de inversión. La medida administrativa que autorice la realización de algún proyecto de inversión susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena reconocido en la Ley 19.253, en los términos señalados en el artículo 9º del presente reglamento y que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, serán sometidos [sic] a los procedimientos de consulta que se contemplan en la Ley 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Asimismo, cuando algún Proyecto de Inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, estas nuevas medidas no requerirán ser sometidas a consulta, cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada en los términos del inciso anterior.

El artículo propuesto, como se ve, excluye del deber de consulta toda RCA que califique favorablemente un proyecto de inversión ambiental, sometiendo la participación a la institucionalidad ambiental, o sea, a la situación que precisamente mayor debate en tribunales ha provocado. En efecto, la disposición abre la puerta para que los órganos de la administración del Estado, en particular aquellos responsables en los procesos ingresados al SEA, no consulten una medida administrativa susceptible de afectar directamente.

Cabe destacar la metodología que se contempló para la realización del proceso de consulta. En el momento en que se presentó la propuesta, el 8 de agosto de 2012, el gobierno fijó como plazo límite el 31 de diciembre para contar con la dictación de la nueva normativa de consulta. El proceso se iniciaba con la presentación de la propuesta, luego se formaba una comisión ampliada de pueblos indígenas que llevara adelante el proceso de consulta como sujeto colectivo; luego,

con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6º y 7º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo", Chile, Noviembre de 2012, disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>.

una instancia de diálogo que se realizaría durante septiembre, octubre y noviembre, cuestión de finalizar con una etapa de consenso. Al margen de que fijar plazos de antemano no se condice con los estándares internacionales de la consulta previa, importa llamar la atención sobre cómo se articuló una organización indígena que, teniendo el respaldo logístico de la institucionalidad estatal, generó una contrapropuesta de reglamento al gobierno.

La Comisión Ampliada de Pueblos Originarios es una instancia articulada por algunos consejeros nacionales indígenas de la CONADI, quienes propiciaron las condiciones para una reunión de más de doscientos delegados nacionales indígenas, quienes se reunieron en Santiago los días 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2012 para discutir los lineamientos generales de la consulta que el gobierno anunciara meses antes. El encuentro nacional indígena –el más masivo desde los tiempos de la dictación de la Ley 19.253 en 1993– contó con representantes de comunidades que por meses habían realizado talleres locales sobre la consulta en cuestión. Estos talleres, financiados por el Estado, pero dirigidos y controlados por las propias comunidades, fueron el sustrato con que luego cerca de cuarenta coordinadores electos por esta Comisión Ampliada trabajaron un documento propio, en dos encuentros nacionales en diciembre de 2012 y enero de 2013, ambos en la ciudad de Temuco. La propuesta elaborada por esta Comisión se presentó al gobierno en enero de 2013, dando paso a un proceso de negociación con el gobierno para consensuar las diferencias. Se trata, pues, de un ejercicio ejemplar de organización de los pueblos indígenas en Chile.

3. LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CONVENIO 169 Y SUS EFECTOS EN PROYECTOS EMBLEMÁTICOS

Antes de la entrada en vigencia del Convenio, la interpretación y aplicación de la normativa ambiental no lograba contener los conflictos de las comunidades indígenas con los proyectos en desarrollo o estudio. El Convenio 169, al introducir estándares de consulta y participación de los pueblos interesados, busca, entre otras cosas, prevenir esos conflictos o al menos lograr que los Estados los encaucen por medio de procedimientos formales que den certeza y minimicen la conflictividad social. En este sentido, las normas sobre consulta y participación aparecen como una oportunidad para el Estado de administrar de mejor manera las tensiones que inevitablemente surgen del impulso de un modelo de desarrollo basado en la extracción de recursos naturales emplazados en territorios indígenas.

Resulta por ello de interés observar la forma en que proyectos que comenzaron antes de la entrada en vigencia del Convenio, pero cuya tramitación ha continuado una vez que el tratado rige en Chile, no logran dar cauce a dichos conflictos, principalmente debido a la interpretación que los tribunales y el gobierno dan a las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación interna. Así, a pesar de que comunidades indígenas aducen el Convenio como parte de su estrategia para interactuar con los titulares de los proyectos y con el propio Estado, en tanto el entendimiento judicial y administrativo es que las normas sobre participación que ya existían satisfacen los estándares del Convenio 169, se pierde la oportunidad de contener la conflictividad asociada a proyectos de envergadura en territorio mapuche. En este sentido, la jurisprudencia que ha instalado el Tribunal Constitucional ha permeado el ordenamiento jurídico, incluso con fuerza en los órganos del Estado. En ocasión de la visita en terreno realizada por este Consorcio, el entonces director regional de la CONAMA, Felipe Riesco, señalaba que:

En el fondo lo que nos ha dicho la Corte Suprema y el TC es que nosotros ya tenemos participación ciudadana contempla-

da, y que se rige más o menos por los mismos principios del Convenio 169.¹

Con la entrada en vigencia del Convenio 169, podría esperarse que este tipo de interacciones cambiaran, entre otras cosas porque las comunidades indígenas tienen, aunque sea vago, un grado de conocimiento de la existencia de (nuevos) derechos que les amparan frente al Estado y al desarrollo de proyectos de inversión. Sin embargo, como muestran los casos que se relatan a continuación, las interpretaciones judiciales de los estándares del Convenio, en conexión con las regulaciones internas, no han permitido que para las comunidades estas sirvan de herramientas decisivas para cambiar la forma de interactuar con el Estado y con los privados.

3.1. PROYECTOS PRIVADOS Y LOS RIESGOS DE NO CONSULTAR: EL DUCTO CELCO EN MEHUÍN

Los mapuche que habitan en la caleta de Mehuín, lugar donde desembocará un ducto proveniente de la Planta Valdivia de Celulosa Arauco, conocen precedentes históricos de desastres ambientales que los predisponen al rechazo de la construcción del ducto. En efecto, el proyecto, aprobado por la autoridad ambiental en 1998, y que implicó el diseño, construcción y operación de una planta industrial para la obtención de 550 mil toneladas anuales de celulosa Kraft blanqueada de pino radiata y eucalipto,² es sindicado por algunos como el responsable de dar muerte a cisnes de cuello negro del río Cruces en el santuario de la naturaleza Carlos Anwandter, debido a los desechos tóxicos que evacuó la planta de Celulosa Arauco en octubre de 2004.³

El proyecto "Sistema de Conducción y Descarga al mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia", que se encuentra en pleno territorio mapuche lafkenche, consiste en la instalación y operación de un sistema de conducción terrestre y submarino, para la disposición final en el mar, mediante un difusor submarino localizado fuera de la Zona de Protección Litoral (ZPL), de las aguas residuales industriales tratadas de la Planta.⁴ Su ubicación se emplaza entre la Planta Valdivia y la Bahía Maiquillahue, con sistema de conducción terrestre que tendrá una extensión aproximada total de 36,9 km, y que culmina en la Bahía

1 Entrevista personal, 24 de septiembre de 2010.

2 Sea.gob.cl, "Proyecto Valdivia (Celulosa Arauco y Constitución S.A.). Segunda Presentación", ficha del proyecto, 1 de agosto de 1997.

3 Radio Bio-Bío, "Informes de peritos judiciales responsabilizarían a Celco por desastre en río Cruces", 14 de marzo de 2011.

4 Ver sea.gob.cl, "Sistema de conducción y descarga al mar de efluentes tratados de Planta Valdivia", extracto, 13 de febrero de 2009.

Maiquillahue, específicamente en el sector de Mehuín, ubicado en el lado norte de la desembocadura del río Lingue.⁵

La realización del proyecto ha encontrado oposición desde 1996. Tras la muerte de los cisnes se evidenció que la empresa, en principio, planeaba evacuar los desechos tóxicos en el mar y no en el río Cruces, pero la férrea barrera que ya opusieron las comunidades fue argumento para variar el proyecto. Así, el Comité de Defensa del Mar,⁶ patrocinado por el Observatorio de los Pueblos Indígenas (hoy, Observatorio Ciudadano),⁷ ha encabezado la resistencia al proyecto, mediante actos de protesta social (que han causado más de un conflicto entre los mismos pescadores) y litigio, especialmente tras la entrada en vigencia del Convenio.

En 2010, once presidentes de comunidades indígenas⁸ interpusieron un recurso de protección en contra de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos, representada por su presidente, el intendente regional Juan Andrés Varas, a propósito de la Resolución Exenta 027, de 24 de febrero de 2010, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia” cuyo titular es la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A.. Los recurrentes argumentaban, entre otras cosas, que la RCA era ilegal, toda vez que no cumplió con el deber de consulta previa y porque no consideró la afectación del uso consuetudinario del espacio marino costero de los pueblos originarios, por tratarse en su mayoría de personas de origen mapuche que practican la pesca artesanal. De esta manera, a las formas hasta entonces conocidas de reclamo se unía el argumento en base al Convenio 169 y el estándar de consulta. Los recurridos, por su parte, esgrimieron que una RCA no es una medida administrativa, por lo que no requiere someterse a consulta y no es susceptible de afectar directamente a los pueblos originarios, y, por último, que el procedimiento de EIA es conciliable con los principios que rigen al Convenio 169.

La Corte de Valdivia rechazó la acción judicial, centrando su pronunciamiento en si acaso “hubo por parte de la autoridad ilegalidad o arbitrariedad al dictar la resolución en comento en cuanto debió o no considerar el trámite de la consulta al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 números 1 letra a) y 2 y artículo 7 número 1 del Convenio 169, en relación al artículo 34 de la Ley 19.253” (considerando 9). La Corte señala que no se acreditó en la institución competente el uso del suelo reclamado (c. 14), y que “la consulta –en los términos exigidos

5 Íd., Evaluación Ambiental, Estudio de Impacto Ambiental, 13 de febrero de 2009.

6 www.noalducto.com.

7 www.observatorio.cl.

8 Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia Rol 148-2010, 26 de mayo de 2010, considerando 1.

por la recurrente– no era procedente” (c. 16), de manera que no se habría incurrido en una omisión discriminatoria; por ello rechazó las pretensiones de las comunidades indígenas.

En octubre del año 2010, la Corte Suprema, con el voto en contra del ministro Haroldo Brito, confirmó la decisión, y señaló que “no ha podido verificarse una privación, perturbación o amenaza ilegítima de las garantías constitucionales que los recurrentes estiman conculcadas”.⁹ La Corte Suprema, en todo caso, fue más allá, señalando que

el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental –previsto en el artículo 26 de la Ley N°19.300– es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N°169.¹⁰

De esta forma se asentaba la doctrina que explica la inexistencia de avances, desde el punto de vista del respeto de los derechos de los pueblos afectados, en el tiempo en que el Convenio era aún una promesa y la época posterior a septiembre de 2009, cuando entra en vigor, toda vez que se hace equivalente el procedimiento de consulta del Convenio a las normas sobre participación ambiental, sin que la entrada en vigencia de esta importante norma varíe, como debiera ser, el panorama normativo.

Con posterioridad a la sentencia de la Corte Suprema, el Comité de Defensa del Mar, agrupación en la que convergen los opositores al proyecto, declaró que:

El fallo de la Corte Suprema no altera de manera alguna la decisión de las comunidades Mapuche lafkenches y del Comité de Defensa del Mar en oponerse a la construcción del ducto Celco, como tampoco altera la decisión de denunciar internacionalmente al Estado de Chile, que no garantiza justicia a las víctimas del modelo mafioso y cómplice de las multinacionales que invaden nuestras comunidades y los territorios ancestrales del pueblo Mapuche.¹¹

El desarrollo de este “conflicto” prosiguió con una denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,¹² y socavó, por otra parte, las relaciones entre los habitantes, expandiendo sus efectos a otras áreas. Según Boris Hualme, dirigente lafkenche y miembro del Comité de Defensa del Mar: “En este transcurso,

9 Corte Suprema, Sentencia Rol 4.078-2010, 14 de octubre de 2010, considerando 13.

10 *Id.*, considerando 11.

11 Noalducto.com, “Declaración Pública – Comité Defensa del Mar”, 18 de octubre de 2010.

12 Observatorio.cl: “Mapuches y pescadores apelan a CIDH”, 3 de mayo de 2011.

han pasado muchas situaciones que van desde amenazas de muerte, tráfico de influencias hacia la política chilena, y ocultamiento de información de todo tipo por parte de la empresa”.¹³ Al margen de las presunciones respecto de los daños que el proyecto puede generar, las cuales arrancan de la responsabilidad de la empresa en el desastre ambiental del río Cruces, el proceso muestra vicios estructurales del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental respecto de la relación empresa-comunidad. Y es que “común [es] que en pleno proceso de calificación ambiental las empresas ofrezcan incentivos materiales a las comunidades directamente impactadas para que éstas no manifiesten su oposición o incluso para que asuman un papel activo en la aprobación de los proyectos”.¹⁴ En el caso de Mehuín, “[l]a propuesta a cada pescador consistía en dos sueldos base durante diez años, además de \$ 8 millones por efectuarse estudios y construirse el ducto, es decir, unos \$ 40 millones por pescador que suscribiese el acuerdo”,¹⁵ cuestión que terminó por zanjar los polos entre quienes apoyaban el proyecto y quienes, hasta la fecha, se oponen.

Así es como se ve que las posibilidades de un proceso de consulta siguiendo los lineamientos del (ahora vigente) Convenio 169 quedan sepultadas bajo los arreglos de tipo económico que, en una realidad de carencias materiales, a veces se tornan difíciles de rechazar y que son propicios en contextos donde no hay derechos reconocidos para la participación e incidencia de los indígenas.¹⁶

Lo anterior expone el fracaso del diseño ambiental a la hora de conciliar posiciones y, especialmente, la incapacidad que muestra la entrada en vigencia de una nueva normativa para hacer frente a las deficiencias en la gestión de conflictos ambientales. La estructura de este diseño muestra a los órganos estatales como meros observadores de procesos que en ocasiones quedan sujetos a la manipulación económica de los inversionistas, en contextos sociales en los cuales las carencias materiales son preocupantes, por lo que las externalidades positivas del proyecto aparecen como oportunidades para un mejor vivir en lugar de adoptarse la decisión de apoyar un proyecto en razón de procesos internos de deliberación.

13 Observatorio.cl: “Vamos a denunciar al Estado ante la CIDH, porque en Chile no hay justicia”, 11 de abril de 2001.

14 *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010*, p. 371.

15 Noticiero 24horas, “Mississippi en pugna”, 20 de abril de 2008.

16 El acuerdo, de hecho, remite a experiencias pasadas en contextos similares. En 2002, en el marco del “conflicto Ralco”, sobre la construcción de una megarrepresa en territorio pehuenche, la empresa Endesa llegó a un acuerdo económico que puso fin a la resistencia de las hermanas Quintramán. Ante lo que era a todas una relación asimétrica, el entonces intendente de la región del Biobío, Iván Flores, señaló que dicho acuerdo no era más que un “acuerdo entre privados” y que a él como autoridad no le competía intervenir. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, p. 385.

3.2. PROYECTOS PÚBLICOS Y LOS RIESGOS DE NO CONSULTAR: EL NUEVO AEROPUERTO DE LA ARAUCANÍA

En enero de 2006, a dos meses del término de la administración del Presidente Ricardo Lagos, el gobierno ingresó al SEIA el proyecto “Nuevo Aeropuerto de la Región de La Araucanía”,¹⁷ que viene a reemplazar al reducido Aeropuerto Maquehue, ubicado a las afueras de Temuco. El proyecto se emplaza en la Región de la Araucanía, comuna de Freire, a una distancia aproximada de 14 km al sur de la ciudad de Temuco y a unos 2 km al poniente de la Plaza de Peaje Quepe sobre la ruta 5, en una superficie aproximada de 460 hectáreas.

Se trata de un proyecto de gran envergadura y que, por lo mismo, genera mucho interés entre las comunidades mapuche, en particular dado que el responsable no es un privado sino el propio Estado chileno. Desde sus primeros años de tramitación el proyecto no logró concitar el apoyo de los pueblos afectados, especialmente por la ausencia de mecanismos reales de participación y de incidencia en su elaboración y evaluación. Como explica Iván Reyes, presidente de la comunidad Federico Alcamán y Juan Huenchual y dirigente de la agrupación Ayun Mapu, la participación en este caso ha sido “un acto de honor, metafórico”,¹⁸ pues las autoridades se habrían remitido a recopilar los antecedentes técnicos del proyecto para ingresarlo en un plazo no superior a 60 días en la oficina de partes de la COREMA. Según Reyes este procedimiento se realizó “sin ningún apoyo por parte del Estado, ni el Ministerio de Obras Públicas, para explicar de qué se trataban todos estos aspectos técnicos” y lo que implica realizar observaciones a un proyecto de inversión de estas características. Dado que la información y, por cierto, su comprensión son fundamentales para la participación ciudadana, cabe esperar que el Estado la proporcione, lo que no parece haber ocurrido en este caso.

Asimismo, y en la misma línea de las relaciones asimétricas que la consulta previa (como mecanismo) intenta reducir, respecto de las pretensiones del Estado versus las de las comunidades Iván Reyes ve que “... la lucha es bien desigual. Nosotros aquí nos estamos enfrentando como comunidades con todo el aparato estatal, con sus recursos, sus funcionarios, e indistintamente al gobierno que haya”. Según el dirigente, el lugar donde se emplazará el aeropuerto corresponde a territorio ancestral de sus comunidades, es decir, terrenos que legalmente no les pertenecen porque fueron despojados de ellos cien años atrás, para entregárselos a colonos alemanes, en un contexto en que sus antepasados fueron “masacrados”. De allí la resistencia tenaz de al menos 560

17 Sea.gob.cl, “Anteproyecto Referencial Nuevo Aeropuerto de la Región de la Araucanía”, antecedentes generales, 10 de enero de 2006.

18 Entrevista personal, 17 de enero de 2011.

familias indígenas a la realización del proyecto, la que se ha expresado a través de la protesta social.¹⁹

Para las autoridades, la construcción del aeropuerto es muestra de progreso, desarrollo, y nuevas oportunidades de negocios para la región.²⁰ Para las comunidades, en palabras de Iván Reyes, “el acuerdo que (...) nos interesa es que nos devuelvan las tierras que están hoy día ocupando unos fundos donde querían el aeropuerto”.

El caso, como se analizó en el capítulo sobre jurisprudencia acerca del Convenio 169, fue llevado a los tribunales cuando el Convenio ya estaba en vigencia. Los recurrentes argumentaban que, dado que la consulta es requerida en *todas* las etapas, y no solo al inicio del desarrollo de un proyecto, en tanto no había habido consulta el proyecto debía paralizarse. Creyeron tener grandes posibilidades de obtener una respuesta judicial favorable, dado que el contexto al momento de presentar la acción judicial era distinto de aquel en que se dio inicio a la tramitación del proyecto, cuando el Convenio aún no había sido ratificado.

Sin embargo, la Corte Suprema entendió que, dado que el Convenio no estaba vigente al momento de decidirse respecto del espacio físico donde se emplazaría el aeropuerto, no era procedente dar aplicación a la normativa sobre consulta previa.²¹ Esto es incorrecto jurídicamente, pero además es una oportunidad desperdiciada para encauzar el conflicto, en este caso entre el titular público del proyecto y las comunidades afectadas. Solo el ministro Haroldo Brito interpretó el espíritu de la consulta previa del Convenio 169 al señalar que, si bien durante el procedimiento de EIA el Convenio no estaba vigente, al momento de su culminación sí lo estaba, por lo que sí debía aplicarse al procedimiento en cuestión, en tanto el deber de consulta no se agota en una etapa preliminar de la medida o proyecto, sino que acompaña a todo el proceso.

La Administración habría argumentado, por otro lado, que no se trataba de territorios indígenas porque el proyecto se emplaza al menos a 600 metros de la última casa habitacional de la comunidad mapuche Francisco Lemuñir.²² Sin embargo, la OIT ha comprendido que aunque un proyecto no se emplace *sobre* territorio indígena pero sí alejado el deber de consulta existe también.²³

Esta oportunidad que se desperdicia tiene el agravante de que es el propio Estado el que estaba directamente involucrado en tanto titular

19 Mapuche.info, “Marcha contra aeropuerto internacional”, 17 de abril de 2007.

20 Rebelion.org, “¿Por qué no construyen el aeropuerto en tierras forestales?”, 5 de diciembre de 2006.

21 Corte Suprema, Sentencia Rol 1608/2011, 6 de mayo de 2011, considerando 4.

22 Entrevista personal, 17 de enero de 2011.

23 CEACR, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)*, GB.282/14/3, 2001, párr. 86.

del proyecto. El Estado, como se sabe, es la entidad sobre la cual recae el deber de consulta, por lo que constituye una pésima señal que en un caso tan relevante se recurra a argumentos formalistas que se oponen a los estándares que el propio Estado se ha comprometido a respetar y promover, como es el derecho a consultar previamente a los pueblos indígenas.

Estos dos casos, que tienen en común que la aprobación de los proyectos ha comenzado antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 y terminado cuando ya rige, dan cuenta del incumplimiento deliberado del Estado chileno de sus obligaciones internacionales, y de su escasa capacidad para dar cauce a las tensiones que surgen entre los pueblos afectados y las entidades estatales o los privados.

3.3. LA PISCICULTURA Y LA NUEVA OLA DE PROYECTOS DE INVERSIÓN

El caso de la piscicultura en Chile es demostrativo de estos problemas, tanto en cuanto a las deficiencias de la ley ambiental como en las prácticas del gobierno y actores privados. Se trata de una actividad económica que se desarrolla intensamente en el sector de Villarrica, en la Región de la Araucanía, y que da cuenta de los desafíos y obstáculos que existen en la práctica para la implementación de las obligaciones que el Estado chileno ha suscrito.

Su rápida expansión en las regiones del sur de Chile²⁴ ha implicado una mayor presencia de privados y el Estado en territorios indígenas. Con el desarrollo de la capacidad productiva y tecnológica de la industria también se produjeron cambios estructurales: debido a los altos costos, las empresas comenzaron a tercerizar sus servicios para abaratarlos y las granjas de salmón comenzaron un proceso de especialización, que derivó en la creación de empresas subsidiarias (algunas de las cuales luego se independizaron).²⁵ Luego la crisis asiática perjudicó al sector por la sobreproducción mundial que supuso el descenso en la producción en Japón,²⁶ pero la baja duró poco y para 2001 ya se retomaban los niveles de negocio anteriores. En 2007 y 2008, la industria enfrentó otro problema con la irrupción del virus ISA (Infectious Salmon Anaemia), que se cree provino de Noruega en huevos

24 En 1990 Chile comenzó a desarrollar sus propios procesos de reproducción, y dos años después pasó de ser un mercado desconocido a convertirse en el segundo mayor productor mundial de salmón. Entre 1994 y 1995 los productores comenzaron a empaquetar sus filetes sin espinas, lo que implicó una explosión en las exportaciones, especialmente hacia Estados Unidos. Gunner Knapp, Cathy A. Roheim y James Anderson, *The great salmon run: Competition between wild and farmed salmon*, World Wildlife Fund, 2007.

25 Michiko Iizuka, "Organizational capability and export performance: The salmon industry in Chile", DRUID Winter Conference, 22-24 de enero de 2004, pp. 1, 13, www.salmonchile.cl.

26 Trond Bjørndal, *The competitiveness of the Chilean salmon aquaculture industry*, Foundation for Research in Economics and Business Administration, 2001, pp. 1-4, www.snf.no. Salmonchile, "Historia de la salmonicultura: El salmón en Chile", www.salmonchile.cl.

de salmón importados y pudo expandirse rápidamente producto de la alta densidad de los tanques de cultivo de los peces.²⁷ Para auxiliar a la erradicación del virus, el gobierno reformó la ley de pesca de 1991 limitando a la mitad la capacidad máxima de densidad de las granjas. La crisis se superó y en 2011 la industria volvía a sus mayores niveles de producción.²⁸

Actualmente, Chile es el mayor productor mundial de trucha arco iris y de salmón coho (o del Pacífico) y el segundo mayor productor mundial de salmón del Atlántico.²⁹ La mayor parte de las exportaciones va a Estados Unidos, Japón y Brasil, en tanto que el consumo per cápita de salmón en Chile sigue siendo muy bajo.³⁰

Para responder a una serie de cuestiones ambientales algunos productores han creado y se han adherido a estándares voluntarios para las empresas.³¹ Por ejemplo, SalmonChile desarrolló el Sistema de Monitoreo Ambiental en respuesta a los crecientes problemas causados por algas, y el Sistema Integrado de Gestión (SIGES) que incluyó toda la legislación aplicable a la industria, así como una serie de buenas prácticas vinculadas con normas internacionales.³² También se desarrolló un Acuerdo de Producción Limpia (APL) y un Acuerdo de Producción Sustentable, mientras que la Fundación Chile desarrolló un “Código de buenas prácticas ambientales para granjas de salmón” (CPBA).³³

Aunque la participación voluntaria de las empresas en estos programas es un paso en la dirección correcta, deja en evidencia la debilidad de la regulación estatal en términos de estándares ambientales³⁴ y de derechos humanos, incluyendo los derechos de pueblos indígenas.

27 Frank Asche, Havard Hansen y Ragnar Tveteras, “The salmon disease crisis in Chile”, *The Marine Resource Economics* 24, 2010, pp. 405-408.

28 Seafoodsource.com, “Resurgent Chile projects record salmon production”, 28 de marzo de 2012, y “Chilean salmon back on track”, 30 de abril de 2012. Ver también Ipsnews.net, “Salmon industry won’t give up”, 15 de agosto de 2010.

29 Ver Pablo Ibieta y otros, “Chilean salmon farming on the horizon of sustainability: Review of the development of a highly intensive production, the ISA crisis and implemented actions to reconstruct a more sustainable aquaculture industry”, en Barbara Sladonja, ed., *Aquaculture and the environment-a shared destiny*, Zagreb, Intech, 2011, p. 215. Ver también Michelle Allsopp y otros, *State of the world’s oceans*, Springer, 2009, p. 102, y Unctad.org, “A case study of the salmon industry in Chile”, 2006.

30 Knapp, Roheim y Anderson, *The great salmon run*, p. 67.

31 Averil Wilson, Shona Magill, Kenneth Black, “Review of environmental impact assessment and monitoring in salmon aquaculture”, FAO, *Environmental impact assessment and monitoring in aquaculture: Requirements, practices, effectiveness and improvements*, FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper 527, Roma, 2009, pp. 455-535, 470.

32 Salmonchile.cl, “La salmonicultura y la conservación ambiental”, 30 de noviembre de 2007.

33 Fundación Chile, *Código de buenas prácticas para centros de cultivo de salmónidos ambientalmente bien manejados*, Santiago, Fundación Chile, 2003.

34 Alejandro Buschmann y otros, “Salmon aquaculture and coastal ecosystem health in Chile: Analysis of regulations, environmental impacts and bioremediation systems”, *Ocean & Coastal Management* 52(5), mayo de 2009.

3.3.1. El proceso productivo del salmón

La producción de salmón toma de 24 a 36 meses, incluyendo 10 a 16 meses en agua dulce y otros 14 a 22 meses en agua de mar.³⁵ El proceso de crianza o salmonicultura acontece en tres etapas: las pisciculturas, donde se produce la crianza; la crianza y cosecha en el mar y la “faena”, consistente en el procesamiento y la distribución. Durante la etapa de crianza, los huevos fertilizados son ubicados en incubadoras con agua dulce. Allí se convierten en alevines y luego en murgones, y crecen en tanques cubiertos con estructuras parecidas a carpas. Estos tanques cubiertos utilizan el agua de ríos aledaños, por lo cual los criaderos suelen estar emplazados en áreas remotas, cerca de las fuentes de agua dulce, como ocurre en los territorios mapuche que se detallan en este informe. El desecho de estos tanques es devuelto periódicamente a los ríos, lo que provoca contaminación río abajo, como las que numerosas comunidades mapuche han experimentado. Debido al riesgo de contaminación, las empresas que buscan criar deben someter sus proyectos a evaluación ambiental.³⁶

Durante la segunda etapa, camiones especialmente equipados o botes transportan los murgones hacia jaulas ubicadas en el mar, donde crecen hasta alcanzar el tamaño para ser procesados. Para asegurar que los jóvenes salmones alcancen su tamaño ideal para el mercado son alimentados regularmente. Cuando alcanzan ese tamaño son recogidos desde las jaulas marinas por trabajadores que utilizan equipos especiales para minimizar el daño a los peces.

Finalmente, durante la fase de procesamiento y distribución, los salmones son limpiados y dispuestos para los distintos tipos de productos que compondrán según su calidad (filetes sin espinas, salmón ahumado o fresco, láminas), lo que requiere de diversos tipos de equipamiento y mucho trabajo especializado. Una de las claves del éxito de la industria chilena del salmón radica en su ventaja comparativa en esta fase: el costo de la mano de obra en Chile es bajo comparado con otros países productores como Noruega o Escocia.

Con el propósito de controlar parásitos y enfermedades los salmones reciben periódicamente antibióticos, así como antiparásitos, fungicidas, herbicidas y desinfectantes, los que se aplican tanto en su alimentación como en baños o inyecciones.³⁷

35 Marine Harvest, “Salmon farming industry handbook 2010”, 16 de julio de 2010, pp. 1, 34, www.marineharvest.com. Ver también A.L.S. Munro, “Salmon farming”, *Fisheries Research* 10(1-2), diciembre de 2009, pp. 151, 153-155, y salmonchile.cl, “El salmón de cultivo: Ciclo de producción”.

36 Unctad.org, “A case study of the salmon industry in Chile”, 2006, pp. 1, 13, 14. Ver también Jorge Katz, “Salmon farming in Chile”, en Vandana Chanda, ed., *Adaptation and exports: How some developing countries got it right*, Washington, Banco Mundial, 2006, pp. 193, 203-207, y salmonchile.cl, “El salmón de cultivo: Ciclo de producción”.

37 Felipe Cabello, “Heavy use of prophylactic antibiotics in aquaculture: A growing problem

3.3.2. Impactos ambientales y sanitarios de la crianza de salmón

De acuerdo con algunas investigaciones, la exposición a los desechos que provienen de la salmicultura puede tener efectos dañinos en la salud de quienes utilizan las aguas río abajo, sea por el consumo o contacto con agua contaminada o pescado.³⁸ La amenaza ambiental y sanitaria se origina en el uso excesivo de antibióticos, el uso de pesticidas y otras sustancias químicas, la introducción de salmones escapados hacia ambientes nativos y los propios desechos de productos.

Un gran problema de la industria chilena del salmón es su fuerte dependencia de antibióticos para contener la expansión de enfermedades durante el proceso de producción. En 2007 se usó seiscientos veces más cantidad de antibióticos que en la industria noruega, que produce más salmón que Chile: 385.635 kilos contra solo 600 kilos. En 2008, Chile usó casi 350 veces más antibióticos que Noruega.³⁹ Y no se trata solo de la cantidad –que supera ampliamente la norma internacional–, sino que la industria chilena usa antibióticos y pesticidas que en otros países son ilegales, entre ellos ácido oxolínico, flumequina y anfenicoles, y pesticidas como cipermetrina, teflubenzuron, emamectina y azametifos, para el control de infecciones virales y bacterianas.⁴⁰

La dependencia excesiva de antibióticos es problemática porque algunos pueden causar resistencia y ello traducirse en una amenaza de salud pública; también puede afectar la composición del fitoplancton y el zooplancton. El uso de pesticidas para controlar enfermedades es problemático por su efecto en otros recursos marinos –como langosta, choritos, ostras y ostiones– y por su eventual daño en la población: se ha encontrado verde de malaquita, que se sospecha puede causar daño genético y cáncer, en salmón congelado proveniente de Chile.⁴¹

Los salmones que escapan son otra fuente de problemas ambientales. En Chile, el número estimado de salmones de granja escapados

for human and animal health and for the environment”, *Environmental Microbiology* 8(7), julio de 2006, pp. 1.137- 1.138. John Davenport y otros, *Aquaculture: the ecological issues*, Hoboken, Blackwell Science, 2003, p. 36.

38 Amir Sapkota y otros, “Aquaculture practices and potential human health risks: Current knowledge and future priorities”, *Environment Internacional* 34(8), 2008, pp. 1.215, 1.223.

39 Felipe C. Cabello, “Antibióticos y acuicultura en Chile: Consecuencias para la salud humana y animal”, *Revista Médica de Chile* 132(8), 2004, pp. 1001, 1004. Oceana.org, “Official report reveals that salmon aquaculture in Chile uses 600 times more antibiotics than Norway”, 24 de julio de 2009. Nytimes.com, “Chile’s antibiotics use on salmon farms dwarfs that of top rival’s”, 26 de julio de 2009.

40 Oceana.org, “Antibióticos: Antecedentes”. Pewtrusts.org, “U.S. FDA reports show unapproved chemicals used by largest Chilean salmon farms”, 5 de febrero de 2009; ver los documentos adjuntos “Chemical contamination chronology of Chilean farmed salmon” y “Letter to the commissioner of the FDA”. Les Burridge, Judith Weis, Felipe Cabello y Jaime Pizarro, *Chemical use in salmon aquaculture: A review of current practices and possible environmental effects*, 20 de marzo de 2008, pp. 1-2, www.worldwildlife.org. Puresalmon.org, “Chemicals and farmed salmon”, p. 1.

41 Burridge y otros, op. cit. Puresalmon.org, “Labor practices in the farmed salmon industry”, www.puresalmon.org/pdfs/chemical_factsheet.pdf.

va de 600 mil a 4 millones al año.⁴² En tanto el salmón de granja es una especie exótica y carnívora, al escaparse al medio natural puede alterar los ecosistemas marinos locales, con consecuencias adversas como la reducción en las especies nativas, o el surgimiento de especies híbridas con daño en su resistencia genética al ambiente natural.⁴³

Además de estos riesgos, el desecho de la producción de las granjas salmoneras –desechos de comida, animales muertos y heces– también se relaciona con problemas ambientales porque es devuelto al agua y allí provoca aumentos en los niveles de nitrógeno y fósforo, lo que genera eutrofización (un sobreenriquecimiento de nutrientes que puede derivar en daños como el “*bloom* de algas”).⁴⁴

3.4. CASOS EMBLEMÁTICOS EN LA PISCICULTURA

La Región de la Araucanía presenta condiciones ambientales idóneas para que emerjan fructíferos proyectos de inversión con afectación ambiental. Entre estos destacan los forestales y las pisciculturas. Estas no requieren de amplios territorios, pero igualmente suponen una alteración significativa de las condiciones de vida y las relaciones sociales de las comunidades indígenas aledañas. Esta investigación se volcó al estudio de estos casos y sus consecuencias a la luz del sistema internacional de derechos humanos.

3.4.1. Piscicultura Palguín: Palguín Bajo y Llafenco

El curso del río Palguín, en la comuna de Pucón, pasa por las comunidades indígenas de Palguín Bajo y Antonio Huenuñanco (conocida como “Llafenco”), fundadas alrededor de 1900 por un grupo de mapuche emigrados de otro territorio.⁴⁵ Ambas están inscritas en los registros de la CONADI como comunidades indígenas, y habitan en ellas unas 200 y 110 familias, respectivamente.⁴⁶ Muchas se dedican a la agricultura, usando sus productos agrícolas para el consumo y como fuente de ingresos.

42 Oceana.org, “Victory! Chile passes reform on salmon escapes”, 12 de marzo de 2010.

43 Oceana.org, “Antibióticos: Antecedentes”. Fundación Terram y Corporación Terra Australis, “The inefficiency of salmon aquaculture in Chile: Social, economic, and environmental aspects”, 8 de marzo de 2000, www.iatp.org.

44 Theatlantic.com, “Salmon farms: Feedlots of the sea”, 17 de febrero de 2010. Rebecca J. Goldberg, Matthew S. Elliott y Rosamond L. Naylor, *Marine aquaculture in the United States: Environmental impacts and policy options*, Virginia, Pew Oceans Commission, 2001, www.pew-trusts.org. Puresalmon.org, “Waste contamination from salmon farms”. Peter Howgate, Stuart Bunting, Malcom Beveridge y Alan Reilly, “Aquaculture associated public, animal, and environmental health issues in nonindustrialized countries”, en Michael L. Jahncke y otros, ed., *Public, animal, and environmental aquaculture health issues*, Nueva York, Wiley-Interscience, 2002, p. 47.

45 Según Jorge Tignado, secretario de la comunidad Antonio Huenuñanco: “El nombre de la comunidad es el nombre del primer lonko de la comunidad, él vino cuando no había ningún habitante, solo cerro y montaña. Ellos vinieron a colonizar la zona. No son más de ciento quince, ciento veinte años atrás”. Entrevista personal, 13 de enero de 2011.

46 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol 1.705/2009, 21 de enero de 2010.

En noviembre de 2007, la Sociedad Agrícola Terratur Limitada presentó el proyecto “Piscicultura Palguín” al SEIA regional, proponiendo la construcción de una piscicultura salmonera que produciría ochenta toneladas al año. La empresa presentó el proyecto bajo el formato de una DIA, nombrando a Juan Carlos Echavarrí Argüelles como su titular, y afirmó que la construcción contemplaba estanques, oficinas, almacén, cuartos de baño e instalaciones de desechos químicos. La piscicultura tendría 63 incubadoras con una capacidad para albergar 2,2 millones de huevos; las bandejas de las incubadoras son de fibra de vidrio reforzada con poliéster, y contienen siete canastas de aluminio, con una capacidad de 35.000 unidades de huevos en cada una. En cuanto a las aguas, la sacarían del río Palguín en varios puntos específicos, requiriendo un caudal de 500 litros por segundo.⁴⁷ El agua residual sería devuelta al río a unos 800 metros de las comunidades de Palguín Bajo y Llafenco.⁴⁸

Según se explica en los antecedentes para la evaluación ambiental, los huevos son luego depositados en medios de plástico o gravilla y guardadas en un galpón de 160 metros cuadrados con paredes y techo de acero galvanizado y placas de zinc. Posteriormente, los huevos son desinfectados con una solución de yodo llamada Buffodine.⁴⁹ Junto con ello se utiliza una gran variedad de productos farmacéuticos como antibióticos y vacunas para tratar el salmón, tales como Oxolínico, Yersivac, tintura de yodo y Virkon S.⁵⁰

Esta piscicultura, se explica, generaría varias categorías de desechos. La primera de ellas referente a los desechos industriales generales resultado de la operación de la piscicultura, así como láminas plásticas, guantes de látex, mascarillas, envases plásticos y bolsas de alimento. Otras formas de desechos industriales son el salmón muerto (estimados en 327 kilos cada año), sedimentos hechos de comida y heces salmoneras; cajas de poliestireno expandido, las que serían saneadas usando desinfectantes bacteriales, fungicidas y virucidas antes de ser llevadas a un tiradero. El proyecto preveía que los desechos peligrosos sólidos estarían compuestos principalmente por baterías (estimados en 12 unidades cada año).⁵¹

El proceso del SEIA duró casi dos años. Durante ese período, el proyecto fue objeto de discusión dentro de las comunidades indígenas y las agencias de gobierno. Varios interesados, incluyendo los miembros de las dos comunidades, presentaron documentos en apoyo y oposi-

47 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 7 de diciembre de 2007.

48 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol 1.705/2009, 21 de enero de 2010.

49 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 7 de diciembre de 2007.

50 Id.

51 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo F, 2 de septiembre de 2009.

ción al proyecto. La Municipalidad de Pucón se opuso,⁵² mientras que organismos nacionales, incluyendo la CONADI, lo aprobaban.⁵³ Se cuestionó la admisibilidad del proyecto, argumentando que requería un EIA, pero la CONAMA rechazó este argumento y siguió procesando la DIA que presentó el titular del proyecto. El 23 de septiembre de 2009, la COREMA de la IX Región declaró que la piscicultura Palguín satisfacía los criterios de regulaciones establecidos por las leyes sectoriales y, por lo tanto, aprobó el proyecto,⁵⁴ dando su autorización para seguir con la planificación el 9 de octubre de 2009.

Poco tiempo después, los líderes de las comunidades indígenas de Palguín Bajo y Llafenco interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco pidiendo que se invalidara la aprobación del proyecto. El 21 de enero de 2010, la Corte dictaminó en favor de los recurrentes, explicando que la evaluación de impacto ambiental no había incluido un procedimiento de consulta de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto, como lo requiere el Convenio 169.⁵⁵ Por lo tanto, decretó la revocación de la RCA que había autorizado la construcción de la piscicultura, y el establecimiento de un proceso de consulta apropiado.

La Corte Suprema, sin embargo, revocó la sentencia en mayo de ese mismo año,⁵⁶ lo que dio pie al inicio de los trabajos de construcción. La primera etapa consistía en la construcción de un puente sobre el río Palguín para facilitar el acceso al sitio de construcción, ya que las instalaciones están en la orilla opuesta al camino. Según informan algunas personas del sector de Palguín Bajo, al poco tiempo de comenzar las obras se comenzaron a oír fuertes y molestos ruidos de la construcción desde sus casas.⁵⁷ El titular del proyecto solo había realizado trabajos de limpieza en el sector donde estaría emplazada la piscicultura, y para ello ha contratado esporádicamente a miembros de la comunidad.⁵⁸ Al cierre de esta investigación, el titular no había construido la estructura necesaria, pues en reunión con las comunidades afectadas en diciembre de 2012 un asesor del titular informó que la empresa tenía pretensiones de ampliar la producción autorizada, porque el volumen que se estimó en un principio no es rentable para la empresa. A la fecha, las comunidades se encontraban a la espera de que el titular ingresara una ampliación al SEIA, cuestión

52 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento inconforme sobre adenda, 15 de septiembre de 2009.

53 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento conforme sobre adenda, 11 de septiembre de 2009.

54 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Resolución de Calificación Ambiental, 9 de septiembre de 2009.

55 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol 1.705/2009, 21 de enero de 2010.

56 Corte Suprema, Sentencia Rol 1.525/2010, 17 de mayo de 2010.

57 Entrevista con Rosa Salidaz Fuentes, 3 de julio de 2011.

58 Entrevista con Alejandro Puelma Epulef, miembro de la comunidad de Palguín Bajo, Villarrica, 16 de junio de 2012.

que según señaló el asesor se realizaría en marzo de 2013.⁵⁹

3.4.2. Piscicultura Quilentue: Cónquil

El segundo caso se emplaza en el sector de Cónquil, comuna de Villarrica, donde numerosas vías fluviales constituyen una parte del complejo ecosistema alrededor del lago del mismo nombre. Este caso trata específicamente del estero Cónquil, que es un afluente en la microcuenca del río Voipir, la que fluye posteriormente al río Toltén.⁶⁰ Alrededor de esa vía fluvial habitan, por lo menos, diecinueve comunidades indígenas dedicadas al cultivo y la ganadería,⁶¹ con una guardería y dos escuelas primarias.

La Sociedad Agrícola Quilentue Limitada presentó la DIA de Piscicultura Quilentue en agosto de 2010. El proyecto propuesto era una modificación de un plano que había sido aprobado por la CONAMA el 6 de junio de 2001, pero que nunca se instaló.⁶² Ambos proyectos proponían desviar el agua del estero Cónquil para usarla en una piscicultura salmonera, desechando los residuos estero abajo. El nuevo proyecto se estructuró como una gran ampliación del proyecto anterior, aumentando la cantidad de agua que se desvía del estero, la masa total de pescado que produciría y el tamaño de la instalación; también implicaba mover el punto de desecho de agua residual aproximadamente 860 metros del lugar especificado en el proyecto anterior.⁶³

La DIA indicó que la mayor producción de pescado posible para la piscicultura salmonera alcanzaría 1.181,4 toneladas cada año. El proceso de cultivo incluiría el uso de los desinfectantes dióxido de cloro, glutaraldehído, hipoclorito de sodio, yodo, cloramina, cloruro de benzalconio, sal líquida y formaldehído, y de los antibióticos oxitetraciclina, tiocianato de eritromicina y florfenicol. El proyecto también emplearía vacunas selectas para los peces, y p-aminobenzoato de etilo como anestesia (p. 40). Los desechos serían tratados con un sistema de microfiltración (p. 66).

Varios organismos gubernamentales se resistieron a la construcción de la piscicultura Quilentue. La Municipalidad de Villarrica presentó su pronunciamiento oficial sobre el proyecto a la CONAMA el 3 de septiembre de 2006, enumerando las siguientes preocupaciones: (1) que la

59 Entrevista con Héctor Paillalef, presidente de la comunidad de Palguín Bajo, 22 de enero de 2013.

60 Sea.gob.cl, "Modificación y ampliación piscicultura Quilentue", Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 13 de agosto de 2010.

61 Las diecinueve comunidades, ordenadas por sus distancias del sitio propuesto de la piscicultura, son Domingo Pichinao, Juan Huinolpan, Antonio Huichulef, Manuel Inalef, Rufino Cayulef, Antonio Antiqueo, José Miguel Manquepillán, Juan Quilacán, Juan Paunalef, Lucas Aguilera, Francisco Alcapán, José Millán, Juan Cárdenas, Lino Turrieta, Encarnación Cano, Cosme Almonacid, Pascual Cariman, Juan Huechucoi, Mariano Alcoiyán. DIA, mapa en Anexo A (adentro de Anexo 14).

62 Sea.gob.cl, "Modificación y ampliación piscicultura Quilentue", Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 13 de agosto de 2010, p. 2.

63 Íd., Anexo 4 Derechos de Agua, Res. DGA 977.

DIA omitía la información de los riesgos para la salud, habida consideración del consumo humano de las comunidades aledañas; (2) que el proyecto disminuiría la calidad del agua; (3) que era cuestionable el modelo matemático usado por la Universidad de la Frontera para establecer que el proyecto solamente afectaría los niveles de fósforo y nitrógeno en el estuario, y solo en ciertos sectores; (4) que las comunidades indígenas alrededor del área del proyecto habían planteado sus preocupaciones acerca de la afectación negativa de su calidad de vida en cuanto a la calidad de agua, ruido, olores, presencia de camiones y devaluación de la tierra, y (5) que la municipalidad debía proteger el área alrededor del volcán Villarrica como una zona turística protegida.⁶⁴

En una carta dirigida a la CONAMA, la oficina regional de la CONADI determinó que la normativa legal aplicable al proyecto se remite no solo a la Ley 19.253 sino también al Convenio 169, que no menciona la DIA;⁶⁵ porque la piscicultura propuesta estaría muy cerca de ocho comunidades indígenas y de tierras de gran importancia cultural y que contribuyen significativamente a la vida y el sustento de los habitantes de las comunidades cercanas.

La COREMA, por su parte, se negó a continuar la evaluación de la DIA porque ésta no incluía información crucial sobre el daño potencial a la calidad del agua del estero Cónquil, que podría ser causado por las aguas residuales de la instalación de piscicultura.⁶⁶ Evidentemente, la decisión de la COREMA se fundamentó, en parte, en la necesidad de mantener la calidad del agua del estero, considerando la importancia radical que tiene ésta para las comunidades indígenas cercanas.⁶⁷

Hasta la fecha, el titular no ha dado ninguna señal de someter nuevamente el proyecto al sistema de evaluación de impacto ambiental.

3.4.3. Pisciculturas en Putúe

El tercer caso se desarrolla en el sector de Putúe, comuna de Villarrica. Su territorio comprende desde la orilla del río Toltén, el cual fluye desde el lago Villarrica, hacia el sur. Posee un gran valor histórico para el pueblo mapuche, porque allí, en 1882, el toki Epulef y el ejército chileno firmaron el Tratado de Putúe, que fue uno de los últimos eventos de la “Pacificación de la Araucanía”, hecho reconocido por la Municipalidad de Villarrica.⁶⁸ Hoy existen por lo menos tres comunidades indígenas en el sector: Pedro Ancalef, Epu Leufu y Francisco Huaiquín (Putúe Alto). Han mantenido su carácter rural, utilizando sus tierras

64 *Íd.*, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento Municipalidad, 3 de septiembre de 2010.

65 *Íd.*, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento inconforme sobre DIA, 6 de septiembre de 2010.

66 *Íd.*, Evaluación Ambiental, Resolución de término anticipado, 23 de septiembre de 2010.

67 *Ibíd.*

68 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”. Ver en particular Oficio pronunciamiento Municipalidad, 9 de agosto de 2010.

primariamente para el cultivo y la ganadería. Sin embargo, los indígenas consideran algunos sectores como parte de su patrimonio cultural porque hay un eltun (cementerio), un nguillatun (lugar donde se realizan ceremonias), un menoko (lugar desde el cual se extraen medicinas naturales) y un pitrantu (bosque) sagrado.⁶⁹

Putúe se ha convertido en el lugar de emplazamiento de varias instalaciones de manejo de residuos de la ciudad vecina de Villarrica. Un basural conocido por los lugareños como el “basural antiguo” ha operado por muchos años sin regulación ni administración oficial, y el año 2000 las autoridades locales instalaron un basural industrial al lado de un pequeño arroyo, muy cerca del basural antiguo. Ambos vertederos están muy próximos de las comunidades indígenas Pedro Ancalef y Epu Leufu.

La controversia sobre la concentración de instalaciones de manejo de residuos en territorio mapuche se acrecentó notoriamente durante 2004, cuando la compañía Aguas Araucanía S.A. presentó una DIA de una planta de tratamiento de aguas servidas de Villarrica, que desecharía al río Toltén. Aguas Araucanía propuso construir la planta al otro lado del camino donde se encuentran los dos basurales, muy cerca de las comunidades indígenas. La COREMA aprobó la DIA el 20 de octubre de 2004,⁷⁰ pero los líderes de la comunidad indígena Pedro Ancalef interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco, con el fin de restablecer el imperio del derecho que sentían vulnerado con la aprobación del proyecto. La Corte dictaminó a favor de la comunidad, declarando que la planta de tratamiento podría causar graves perjuicios a las vidas y cultura de las comunidades cercanas y que, por lo tanto, el proyecto debía presentarse como un EIA en vez de una DIA.⁷¹ La Corte Suprema confirmó esta decisión.⁷²

Aguas Araucanía presentó así un EIA en 2006.⁷³ Las comunidades Pedro Ancalef y Epu Leufu, en conjunto con otras organizaciones mapuche, se opusieron tenazmente al proyecto, manifestando sus preocupaciones durante el período de participación ciudadana. Pero, a pesar de la legitimidad de sus preocupaciones, la COREMA aprobó nuevamente el proyecto en 2007 y la planta fue inaugurada en enero de 2008.⁷⁴

Las comunidades indígenas afectadas directamente con estos pro-

69 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Resolución de Calificación Ambiental, 28 de julio de 2011.

70 Sea.gob.cl, “Sistema de tratamiento de las aguas de Villarrica”. Declaración de Impacto Ambiental, 24 de junio de 2004. Resolución de Calificación Ambiental, 20 de octubre de 2004.

71 Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol 1.029/2005, 19 de octubre de 2005.

72 Corte Suprema, Sentencia Rol 5808/2005, 5 de enero de 2006.

73 Sea.gob.cl, “Sistema de tratamiento de aguas servidas localidad Villarrica”. Ingreso EIA CONAMA, 18 de mayo de 2006.

74 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Resolución Exenta que califica el proyecto como ambientalmente favorable, 28 de marzo de 2007. Siss.gob.cl, “Superintendente asiste a inauguración de planta de tratamiento de aguas servidas en Villarrica”, 24 de enero de 2008.

yectos consideran las decisiones públicas que permiten instalar basurales y plantas de tratamiento en el territorio mapuche como una forma de racismo ambiental; así lo ha reconocido, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.⁷⁵ En Putúe, la proliferación de proyectos de manejo de residuos ha originado que muchos miembros de la comunidad se refieran al sector como el “patio trasero” de Villarrica.⁷⁶

En 2010, Putúe fue nuevamente considerado como asentamiento de grandes proyectos industriales. Con cinco meses de diferencia, dos empresas presentaron una DIA con proyectos de pisciculturas en Putúe, Newenco y Los Ríos.

3.4.3.1. Piscicultura Newenco

La Sociedad Comercial, Agrícola y Forestal Nalcahue Limitada presentó la DIA de la Piscicultura Newenco en julio de 2010. La instalación está diseñada para servir como un criadero de salmónidos y área de retención para los peces reproductores adultos. La propuesta indicó que la piscicultura produciría 485 toneladas de pescado durante su primer año, 976 toneladas entre el segundo y el quinto año, continuando con una producción máxima de 1.000 toneladas cada año.⁷⁷ El tonelaje máximo después fue reducido a 585,72 toneladas por año.⁷⁸ La DIA indica que la piscicultura sacará un máximo de 500 litros de agua por segundo del estero Putúe, volumen que también fue reducido, a 427 litros por segundo.⁷⁹

Según la DIA, durante la etapa de construcción las emisiones de aire consistirían en los hidrocarburos despedidos por camiones y excavadoras por más o menos ocho horas al día y por un período de ocho meses. Durante la etapa de operación, es posible, dice, que las máquinas generadoras (utilizadas como respaldo durante apagones) y las dos calderas de la piscicultura también emitan gases. Habría asimismo contaminación acústica durante la etapa de construcción, causada por los camiones pesados y la instalación de las unidades cultivares.

75 “Racismo ambiental en la Región de la Araucanía, Chile, por los casos de vertederos y plantas de tratamiento de aguas servidas localizadas en comunidades Mapuche”, Red de Acción por los Derechos Ambientales (RADA), a propósito de los informes periódicos de Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, sesiones 1950.^a y 1951.^a, CERD/C/SR.1950 y 1951, 13 y 14 de agosto de 2009. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención*, CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párr. 23.

76 Ver, por ejemplo, sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”. En particular, Evaluación Ambiental, Documento de prueba para SyF y DIA, 8 de enero de 2011. Ver entrevista con Juan Curimil, 16 de enero de 2011.

77 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”. Ver en particular Oficio pronunciamiento Municipalidad, 9 de agosto de 2010. Evaluación Ambiental, Declaración de impacto ambiental (DIA), 7 de julio de 2010.

78 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Resolución de Calificación Ambiental, 28 julio de 2011.

79 *Íd.*

Durante la etapa de operaciones se generarían desechos líquidos y sólidos. Los desechos líquidos se compondrían de aguas residuales humanas, petróleo y residuos industriales generados por la planta de incubación, la cría, los procesos de esmoltificación, los productos metabólicos (orina, heces), los detergentes y los desinfectantes. Los desechos sólidos consistirían de bolsas de alimento, tubería de PVC y envases plásticos, además de la madera y el hierro utilizados durante la etapa de construcción, pinturas y disolventes. En cuanto a los residuos industriales peligrosos sólidos, el proyecto anticipaba residuos de baterías, tubos fluorescentes y de lámparas UV. Los residuos líquidos serían tratados mediante un sistema de micro-filtración, y luego serían desechados en las aguas locales. La DIA sostiene que los residuos sólidos se almacenarían en recipientes herméticos y serían eliminados por el personal en el Vertedero Municipal de Villarrica.⁸⁰

El 13 de agosto de 2010 la CONAMA expresó su preocupación por el impacto potencial de la piscicultura Newenco en las comunidades indígenas cercanas. Manifestó que la instalación podría afectar los territorios de importancia cultural y religiosa de la comunidad mapuche, por ejemplo amenazando el hábitat de plantas medicinales.⁸¹ Por su parte, la CONADI solicitó que el titular convocara a una reunión de socialización con la comunidad Pedro Ancalef,⁸² la que se realizó el 6 de noviembre de 2010.

Durante dicha reunión los miembros de la comunidad Pedro Ancalef hicieron hincapié en su preocupación por los eventuales efectos ambientales de la piscicultura, especialmente considerando que su territorio es fundamental para el sustento básico de agua y alimentos de las comunidades que lo habitan.⁸³ El 13 de diciembre, la comunidad presentó un escrito a la CONAMA señalando que “se niega rotundamente a la construcción de una piscicultura en nuestro sector”.⁸⁴ Sin embargo, en mayo de 2011, el titular firmó una serie de tres contratos con la comunidad y algunos de sus miembros, donde accedía a entregar dinero a los firmantes a cambio de su apoyo al proyecto.

El Servicio de Evaluación Ambiental aprobó la piscicultura Newenco el 28 de julio de 2011.⁸⁵ Al cierre de esta investigación no se habían

80 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental (DIA), 7 de julio de 2010.

81 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Informe consolidado de solicitud de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la DIA (ICSARA), 13 de agosto de 2010. En particular, ver el punto IV.1.

82 Íd. En particular, ver el punto IV.1.4.

83 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”. En particular, Evaluación Ambiental, Documento de prueba para SyF y DIA, 8 de enero de 2011.

84 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Documento de apoyo, 14 de diciembre de 2010.

85 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Resolución de Calificación Ambiental, 28 julio de 2011.

realizado faenas de construcción, pero no fue posible averiguar las razones de esa decisión de la empresa.

3.4.3.2. Piscicultura Los Ríos

El 8 de noviembre de 2010, la Acuícola Ríos Toro y Cía. Limitada presentó una DIA para la Piscicultura Los Ríos, un proyecto diseñado para ser un centro de cultivo de varias especies de salmónidos. Aproximadamente 3.000 litros por segundo de agua serían desviados desde el río Toltén,⁸⁶ que linda con el sitio propuesto para la piscicultura.

Siempre según la DIA, la instalación proyectaba producir 1.000 toneladas de biomasa durante su primer año de operación, y 2.000 toneladas a partir de su segundo año de operación. El proceso de producción emplearía una variada lista de desinfectantes como virokiler (agente activo: cloramina T 80%), formalina (formaldehído 37%), y aqua-yodo (yodo 1,5%); también usaría el antifúngico Cress al 50% (agente activo: bronopol 50%) y productos farmacéuticos como Duflosan (agente activo: florfenicol 50%) y oxitetraciclina 80%. Además, habría cinco vacunas para prevenir enfermedades: Birnagen Forte 3, IPE-VAC, Birnagen Forte V, Alpha Ject 2-2 y la vacuna subunitaria ISA.

Los documentos presentados por la compañía describen los tipos de desechos líquidos y sólidos que evacuaría la piscicultura. Los residuos líquidos son las orinas y fecas de los peces, más los detergentes, desinfectantes y productos terapéuticos. También se producirían aguas servidas domésticas en las instalaciones del personal. En cuanto a desechos sólidos, la DIA indica que incluirían peces muertos y lodo que contiene fecas de peces y alimentos perdidos. Otros desechos sólidos que producirían serían las cajas de poliestireno usadas para el ingreso de ovas y tarros, bidones y bolsas plásticas de sustancias químicas usadas para tratamientos.

Varios organismos gubernamentales presentaron sus objeciones sobre la piscicultura Los Ríos durante el proceso de evaluación ambiental. El director regional de Turismo expresó sus preocupaciones sobre el impacto del proyecto en la pesca recreativa del sector de Toltén.⁸⁷ La Municipalidad de Villarrica manifestó que no estaba claro el mecanismo de filtración; que la DIA no elaboraba lo suficiente sobre el impacto del proyecto en la calidad del aire a su alrededor; que tampoco entraba en detalle sobre los procesos ni los impactos del proyecto y solamente calculaba el impacto ambiental bajo condiciones “normales” en lugar de enumerar las eventualidades bajo condiciones anormales o de emergencia. La Municipalidad también se preocupó por

86 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Declaración Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental (DIA), 10 de noviembre de 2010, p. 45.

87 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento con observaciones a la DIA, 6 de diciembre de 2010.

el fenómeno de *flashing*, común en la acuicultura y negativo para el medioambiente;⁸⁸ porque la DIA no detallaba cómo se encargaría el proyecto de los efluentes; no indicaba si cumplía con el D.S. 90; y le faltaba un mecanismo (o el mecanismo existente no fue descrito lo suficiente) para el tratamiento de aguas.⁸⁹

La primera reunión de socialización se llevó a cabo el 8 de enero de 2011. Aproximadamente treinta residentes locales asistieron, y expresaron una oposición casi uniforme al proyecto. Posteriormente, los representantes del titular se reunieron en tres oportunidades con dirigentes de la comunidad Pedro Ancalef. De esta forma, el 24 de enero, algunos dirigentes firmaron un acuerdo con el titular, expresando su apoyo para el proyecto a cambio del financiamiento de varias iniciativas para el desarrollo comunitario. El 23 de febrero los mismos líderes enviaron una carta al SEIA para informarles del acuerdo.

Así, la CONAMA aprobó el proyecto el 26 de abril de 2011.⁹⁰ Los investigadores del Consorcio visitaron el sitio del proyecto en julio del mismo año y observaron el área ya libre de vegetación. Notaron la presencia de cuantioso equipo pesado de construcción para instalar las tuberías y los cimientos. Al cierre de esta investigación, la piscicultura se encuentra plenamente operativa y el personal incluye a miembros de la comunidad, quienes realizan labores de guardia y aseo, pues el personal técnico proviene de fuera. Asimismo, la comunidad ya cuenta con la sede mapuche “Pedro Ancalef”, que es parte de los acuerdos económicos a los que llegó con la empresa.⁹¹

88 El *flashing* es aquel fenómeno provocado por la agitación de los peces consistente en que los restos generados en el fondo de los estanques van a dar al cuerpo del agua.

89 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento Municipalidad, 7 de diciembre de 2010.

90 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”. En particular, Evaluación Ambiental, Documento de prueba para SyF y DIA, 8 de enero de 2011, p. 65.

91 Entrevista personal con Marcial Colín, consejero nacional de la CONADI, 17 de junio de 2012.

4. ANÁLISIS DE CASOS: EL DERECHO A LA CONSULTA Y SU (NO) APLICACIÓN

La OIT ha señalado que la consulta previa es “la piedra angular” del Convenio 169.¹ Se entiende que mediante la práctica de la consulta se formaliza el propósito general del tratado, que es otorgar a los pueblos indígenas una participación activa en la toma de decisiones sobre temas que pueden afectarlos directamente. La consulta se articula en dicho Convenio como un sistema de canalización de demandas y preocupaciones que busca defender tanto sus intereses como el derecho a determinar sus prioridades de desarrollo económico, social, político y cultural. El fin último de la consulta previa es la protección efectiva de tales derechos, alcanzando para ello una importancia central el derecho a una participación en los procesos que los involucran, así como a su supervivencia física y cultural; al mismo tiempo, busca proteger la relación ancestral y colectiva que han desarrollado con el territorio que por largos años han habitado, a través del entendimiento y el acuerdo de buena fe que debe alcanzarse con las autoridades estatales.

De esta manera, el Convenio 169 de la OIT establece que la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento del pueblo indígena (artículo 6.2). Sin embargo, no obliga explícitamente a alcanzar esos fines. Es una obligación de medio más que de resultados, a pesar de lo cual el Estado mantiene la obligación de llevarla a cabo con atención a todos los elementos que se describirán más adelante –su carácter previo, libre, informado, de buena fe y culturalmente adecuada–, y encaminar todos los esfuerzos para lograr su finalidad. El proceso, sin embargo, no puede obviar el hecho de que la decisión final recae siempre en el organismo estatal. Como señala la Comisión de Expertos de la OIT,

[d]e acuerdo con el Artículo 6 del Convenio núm. 169, el objetivo de las consultas es alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento. En otras palabras, es necesario que los acuerdos o el

1 OIT, “Convenio No 169. Los principios básicos”. www.ilo.org.

consentimiento sean la meta a alcanzar de las partes, para lo que es fundamental que existan verdaderos esfuerzos para alcanzar acuerdos o lograr consentimientos.²

Y James Anaya, el relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, ha dicho que “en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados”.³

Aunque se ha entendido tradicionalmente que el derecho a consulta no implica un derecho a veto por parte de los pueblos interesados, lo cierto es que el derecho internacional está avanzando en esa dirección, particularmente a partir de la adopción de la Declaración Universal del año 2007 y el caso *Saramaka*, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica, por ejemplo, que las consultas se realizarán “a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (artículo 19). A su vez, esta Declaración establece el deber de reparar a los pueblos indígenas cuando sus bienes hayan sido perjudicados sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 11).

Por su parte, la Corte IDH ha recogido este estándar a propósito de proyectos de inversión cuya envergadura compromete los derechos de los pueblos originarios por el solo hecho de tratarse de proyectos de alta complejidad, esto es, cuando se trata de proyectos que se emplazan en territorios ancestrales, o muy cerca, y alteran significativamente sus formas de organización ancestrales:

[C]uando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.⁴

Si bien la consideración de la escala de una inversión puede relativizarse al extremo de sostener que el consentimiento no es necesario, factores tales como la proximidad del proyecto a los territorios

2 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 62, www.ilo.org.

3 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34*, 15 de julio de 2009, párr. 65.

4 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 134.

ancestrales, la envergadura física del proyecto (construcciones, caminos, bases de abastecimiento) o la alteración decisiva de la cotidianidad del hábitat, como sería por el tránsito de vehículos motorizados donde antes no los había o eran escasos, deben considerarse al momento de exigir el consentimiento. Aunque es importante determinar la magnitud del proyecto, lo es más la evaluación de la gravedad de los impactos, en especial aquellos que recaen en el disfrute de derechos territoriales. Más adelante, en la misma decisión, la Corte IDH señala que

adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trata de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka según sus costumbres y tradiciones (párr. 137).

Reafirmando la idea anterior, la CIDH ha considerado que

[e]l hecho de que el consentimiento de los pueblos indígenas no se exija al término de todos los procesos de consulta no implica que el deber estatal de consulta se limite al cumplimiento de procedimientos formales. Desde un punto de vista sustantivo, los Estados tienen el deber de tomar en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas expresadas por los pueblos o comunidades afectados, y de prestar la debida consideración a dichas preocupaciones, demandas y propuestas en el diseño final del plan o proyecto consultado.⁵

Entendidas así las cosas, es decir, comprendiendo que el estándar del consentimiento aplica a casos de proyectos de inversión de envergadura susceptible de producir impactos profundos en el disfrute de los derechos de los pueblos indígenas, en particular los territoriales, los casos de proyectos como los que a continuación se describen no requieren, en general, de la obtención de consentimiento, pero sí de fuertes procesos de consulta. El consentimiento sí se requeriría en proyectos de la

⁵ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 326.

magnitud de los proyectos de exploración y especialmente explotación minera y, desde luego, en todos aquellos casos en que su desarrollo suponga el traslado o desplazamiento de comunidades indígenas.

4.1. EL DERECHO A LA CONSULTA

La existencia del Convenio 169 de la OIT constituye un desafío importante para los actores que convergen al amparo de este organismo internacional, a saber: Estados, trabajadores y empleadores. A través de él, los indígenas propiamente tales, ya no en su calidad de trabajadores, se constituyen como sujetos de derecho para la OIT, dentro de las competencias que la misión del propio organismo ha desarrollado.

Se podría decir que, entre otras cosas, el Convenio forma parte del *corpus iuris* del sistema internacional de los derechos humanos, ya que “[l]as disposiciones del Convenio núm. 169 y la Declaración [de las Naciones Unidas] son compatibles y se reafirman mutuamente”.⁶ A partir de él, los derechos de los pueblos originarios encuentran sustento dentro del cambio de paradigma relativo a su trato frente al Estado y frente a la sociedad en la que se encuentran inmersos.

La diversidad de las materias que considera y la profundidad con que se relaciona con el sistema interno deberán entenderse según la cláusula de flexibilidad con la que el Convenio opera.

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país (art. 34).

Cabe entonces preguntarse hasta dónde llega esa flexibilidad en el concierto internacional, y la respuesta está plasmada en el mismo artículo 34: “... teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Así, las condiciones básicas que permitan la supervivencia de los pueblos originarios, aquellas garantías contenidas en el propio Convenio, no serán necesariamente las mismas en Perú, Colombia, Noruega o Dinamarca.

Ello no implica la irresponsabilidad o incumplimiento del instrumento internacional so pretexto de las condiciones internas. Las ratificaciones de tratados internacionales tienen por supuesto básico la soberanía de los pueblos que contraen dichas obligaciones, por lo que se supone que expresan una verdadera voluntad de cumplimiento, así como su compromiso de alcanzar esas disposiciones siempre de buena fe.

6 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 26. www.ilo.org.

La flexibilidad tiene como límite la voluntad de los indígenas interesados, la cual se expresa a través de la consulta previa. Y es que “[e]l objetivo principal de estas disposiciones es garantizar a los pueblos indígenas una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones de los organismos políticos, legislativos y administrativos y en los procesos de toma de decisiones que puedan afectarles directamente”⁷. He allí su vital importancia y la imperiosa necesidad de aplicarla con rigor y ajuste a la normativa y estándares internacionales, puesto que en estas disposiciones “se establecen las bases jurídicas del derecho al autogobierno, el que se manifiesta en el derecho que tienen los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”⁸.

En efecto, y según lo ha señalado el Relator Especial Anaya, “ese deber [de consultar] deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular”⁹. Y en el mismo sentido, la propia OIT ha establecido que el deber de la consulta contempla todas aquellas situaciones en las que “se estudie, planifique o aplique *cualquier medida* susceptible de afectar[los] directamente”¹⁰. En otras palabras, en “*toda política oficial que afecte a los pueblos indígenas y tribales*”¹¹.

Así, por un lado se trata de un aspecto sustantivo, puesto que reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas; y, por otro, de un aspecto procedimental, ya que garantiza un mecanismo de participación efectiva de los pueblos respecto de determinadas *políticas oficiales*. En este último sentido, la participación efectiva “va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”¹².

Y esto no es menor en cuanto a libre determinación o autogobierno, ya que si partimos de la base de que la libre determinación es un

7 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 58, www.ilo.org.

8 Nancy Yáñez, “Los contenidos del Convenio N° 169 de la OIT”, en Matías Meza-Lopehandía, ed., *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, Observatorio Ciudadano, p. 24.

9 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34*, 15 de julio de 2009, párr. 41.

10 OIT, “Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual”, 1 de diciembre de 2003, p. 15, www.es.pro169.org (el énfasis es nuestro).

11 Íd. (el énfasis es nuestro).

12 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 38, www.ilo.org.

derecho humano,¹³ por cierto, universal, esto “significa que los pueblos tienen el derecho de participar con igualdad en la constitución y desarrollo del orden institucional gobernante bajo el que viven y, además, de que ese orden de gobierno sea uno en el que puedan vivir y desarrollarse libremente de manera continuada”.¹⁴ Esta dimensión interna de lo que vendría a ser el derecho a la participación,¹⁵ y que se expresa de manera concreta en la consulta previa como mecanismo de garantía, trasunta en que la libre determinación es un derecho fundamental para los pueblos originarios, “sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales”.¹⁶ Y es que el Convenio 169, si bien no expresa literalmente el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, sí establece los mecanismos de participación, consulta y autogestión como formas de concreción de ella.¹⁷

Así, la consulta previa se entiende como aquel derecho que tienen los pueblos indígenas por su condición de tales, e implica que deben ser consultados ante cualquier medida legislativa o administrativa “susceptible de afectarles directamente”. Y “es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”.¹⁸ Luego, la norma de la consulta previa, a saber, el artículo 6.1.a del Convenio, se erige como una cuya naturaleza jurídica indica un precepto que los Estados deben respetar no como un mero trámite o formalidad obligatoria, sino como el acto representativo de la autonomía de los pueblos originarios respecto de la determinación que tienen sobre sí mismos y sus prioridades.

4.2. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA CONSULTA PREVIA Y SU APLICACIÓN

A continuación se presentan con detalle los estándares internacionales sobre consulta previa y la manera en que prescriben las formas de lle-

13 James Anaya, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, eds., *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, p. 195.

14 *Ibid.*, p. 200.

15 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, A/65/264, 9 de agosto de 2010, párr. 46.

16 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

17 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 26, www.ilo.org.

18 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

var adelante las interacciones entre los pueblos indígenas y el Estado. Se enfatiza los usos tradicionales, la importancia de las tierras y los territorios para los pueblos indígenas y la manera en que el derecho internacional determina los espacios normativos internos en los cuales debe desplegarse la consulta previa. Tener presente estos estándares es clave para el análisis que se hará en este informe, en tanto permite contrastar y reconstruir lo que ocurre *en la práctica*, según se pudo apreciar en la investigación.

4.2.1. La consulta sobre la consulta

El primer paso hacia el desarrollo del derecho a la consulta es consultar con los pueblos indígenas sobre el diseño de los procedimientos específicos que concretarán este derecho en la práctica. El Relator Especial de las Naciones Unidas ha descrito esta etapa preliminar como “la consulta sobre la consulta”.¹⁹ De acuerdo con este principio, los pueblos indígenas deberían poder participar en los debates públicos sobre dichos procedimientos y ser consultados de acuerdo con los estándares internacionales sobre la definición de los detalles procedimentales para el efectivo ejercicio de este derecho.

Hay varias razones para la necesidad de una consulta sobre la consulta. El primer factor deriva directamente de las normas del Convenio 169 de la OIT, cuyos principios y normas ingresan al ordenamiento nacional tan pronto el tratado es ratificado.²⁰ El Convenio ordena consultar con los pueblos indígenas todas las medidas administrativas, las legislativas y los proyectos de aprovechamiento de recursos naturales que puedan afectarlos de manera directa. Una reglamentación general sobre los procedimientos consultivos a través de una ley y el diseño de consultas para medidas administrativas de casos concretos son asuntos que afectan a los pueblos, y por lo tanto, deberán ser consultados.

Además, el artículo 33.2 del Convenio 169 exige que los países firmantes respeten los principios de consulta y participación en la aplicación del mismo Convenio. En concreto, esta disposición exige textualmente que los gobiernos firmantes administren los mecanismos y programas implementados de acuerdo con el Convenio “en cooperación con los pueblos interesados”. El establecimiento de procedimientos de consulta es sin duda una “de las medidas previstas en el presente Convenio” en el sentido del artículo 33 y por lo tanto estos procedimientos deberían ser planificados, coordinados, ejecutados y evaluados en cooperación con los pueblos indígenas.

La segunda justificación se basa en el pronunciamiento consistente de las autoridades internacionales de que la consulta sobre la consulta

19 Consejo de Derechos Humanos ONU, *supra* nota 23, párr. 11.

20 Tribunal Constitucional, Sentencia 309-2000, de 4 de agosto de 2000, considerando 7.

impregnará de legitimidad los mecanismos que resulten de ella, aumentando la posibilidad de un proceso exitoso. El Relator Especial de la ONU ha dicho en repetidas oportunidades que los procedimientos de consulta deben ser el producto de un proceso consensuado:

Para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso. El Relator Especial ha observado que, en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta.²¹

También la Comisión de Expertos de la OIT ha explicado que los países deberían establecer mecanismos de consulta “con la participación de los pueblos indígenas y tribales”. Si se cumple este criterio, “las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social, y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”.²² Por esta razón, en una observación individual sobre Perú, la Comisión agradeció la aprobación de la ley peruana sobre el derecho a la consulta previa, que había sido “el resultado de las negociaciones llevadas a cabo entre el Poder Ejecutivo y las organizaciones amazónicas en el marco de la mesa de diálogo núm. 3 que tenía como objeto consensuar una ley de consulta”.²³

El Relator Especial habló en Chile sobre esta necesidad de una consulta sobre la consulta. Después de visitar nuestro país en 2009, hizo la siguiente observación:

... que podría ser de mutua utilidad y provecho, tanto para el Gobierno como para los pueblos indígenas en Chile, llevar a cabo “una consulta sobre la consulta” para determinar el procedimiento para implementar en Chile los estándares internacionales en las consultas propiamente dichas (...). Dicho proceso, dirigido a establecer y regularizar los mecanismos de consulta ajustándolos a los estándares internacionales, podría ser necesario para generar confianza y crear canales de diálogo con los pueblos indígenas en los procedimientos de

21 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 51.

22 CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Observación Individual Perú, ILC.100/III/1A, p. 863.

23 *Íd.*, p. 869.

consulta que debe implementar el Estado y, de este modo, consecuentemente, alcanzar resultados sustantivos aceptables.²⁴

Como explican las siguientes secciones, los estándares mínimos de consulta previa, libre e informada abarcan varios elementos constitutivos que son necesarios para que la regulación sea válida bajo el derecho internacional. Algunas de estas exigencias hacen imposible que el Estado diseñe una norma sobre los mecanismos de consulta previa de manera autónoma e independiente de los pueblos y organizaciones indígenas. El requisito de que la consulta sea culturalmente adecuada es uno de esos aspectos, que exige se conozcan y consideren las tradiciones particulares, las creencias de pueblos indígenas y sus propias visiones sobre el desarrollo. Además, la consulta previa, libre e informada por sí misma es un derecho que busca concretar el derecho a la participación diferenciada de estos pueblos, de tal forma que, por definición, su concreción en procedimientos específicos debe contar con la participación de los interesados.

La complejidad del proceso de consulta, y su importancia para la protección de los otros derechos de los pueblos indígenas, exigen un fuerte énfasis en el diseño del sistema para asegurar que los procedimientos se ajusten a los estándares jurídicos internacionales y sean conducentes a la protección efectiva de los derechos de estos pueblos. La consulta sobre la consulta, en suma, se vislumbra como la mejor garantía estructural para que el procedimiento de la consulta proteja los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, acate los estándares internacionales en la materia.

4.2.1.1. Resumen de las observaciones sobre la aplicación de la “consulta sobre la consulta”

Si bien la consulta es un proceso que “debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad” (OIT), Chile optó por una regulación infralegal: el Decreto Supremo 124. Este decreto, que no fue consultado a los pueblos interesados, inicialmente se consideró una normativa transitoria, por dos razones: i) que ante la entrada en vigencia del Convenio 169 era necesario orientar rápidamente a la Administración sobre cómo tratar el tema, y ii) que la regulación definitiva de la consulta sería el producto de la consulta regulada por el decreto.²⁵

Por eso es preocupante que el decreto 124 aún se encuentre vigente. Asumiendo que todavía quedan numerosas reformas legales por hacer

24 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 11.

25 Entrevista personal con el asesor presidencial de asuntos indígenas de la Presidenta Bachelet, Rodrigo Egaña, 27 de septiembre de 2010.

para que el Convenio sea plenamente aplicable, mantener la regulación de la consulta previa sin haber realizado una “consulta sobre la consulta” mantiene abierta la puerta para conflictos jurídicos y resta toda legitimidad política a las decisiones sobre la materia que el Estado debe adoptar.

4.2.2. El alcance territorial de la consulta y sus implicaciones para los usos tradicionales de la tierra

Según el derecho internacional, la afectación a los intereses de los pueblos indígenas que pueda necesitar un proceso de consulta es amplia e incluye tanto los intereses no territoriales como los territoriales. El artículo 6.1.a del Convenio 169 sustenta que una medida ha de someterse a la consulta siempre que afecte “directamente” a los pueblos originarios. Las medidas que deben someterse a consulta “no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas”.²⁶ El Relator Especial ha explicado que el deber de celebrar consultas con los pueblos originarios surge “siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales”.²⁷ En términos no territoriales, esos efectos pueden relacionarse, por ejemplo, con la identidad cultural,²⁸ el sistema de educación o el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios.

Si bien el deber de consulta previa a los pueblos indígenas no se limita a los intereses territoriales, la siguiente sección se enfoca en los estándares internacionales relacionados con estos derechos sobre las tierras que desencadenan la obligación de consultar. La razón es la importancia del disfrute de los derechos territoriales para el goce de los demás derechos de los pueblos indígenas. En el caso chileno, las leyes sectoriales, por lo general, no consideran suficientemente los derechos territoriales de los pueblos originarios. Los órganos del Estado y los tribunales de justicia han determinado que el diseño y la aplicación de esas leyes no requieren un proceso de consulta previa, libre e informada con las comunidades indígenas afectadas por ellas.²⁹ Sin embargo, como se detalla en este informe, muchas comu-

26 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 273.

27 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 44.

28 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 276.

29 Ver Jorge Contesse y Domingo Lovera, “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia

nidades indígenas susceptibles de ser afectadas por pisciculturas en la región de la Araucanía sí tienen derechos a la propiedad territorial, incluyendo derechos a la tierra y a los recursos naturales, que son reconocidos como tales por el derecho internacional. Cualquier medida que afecte estos derechos –por ejemplo, resoluciones de calificación ambiental que autorizan el funcionamiento de pisciculturas cerca de ríos territoriales– ha de someterse a la consulta previa. Por lo tanto, es fundamental entender los contornos de los derechos a la propiedad territorial de los pueblos indígenas para determinar cuándo la obligación de consultar se invoca.

Como se ha dicho, el derecho internacional reconoce el derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas, lo que incluye derechos a los recursos naturales en los territorios que han ocupado tradicionalmente. La relación especial que mantienen con sus territorios requiere la protección de este derecho como tal. Además, en esa relación especial con sus territorios subyace el rol fundamental del derecho a la propiedad territorial para garantizar el goce de otros derechos humanos básicos de los pueblos indígenas.³⁰ Como la Corte Interamericana declaró en el caso *Awás Tingni*:

los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.³¹

En la interdependencia del derecho a la propiedad territorial y los demás derechos fundamentales de los pueblos indígenas subyace la importancia de dar aplicación plena a la consulta previa. Una de las

chilena: prólogo del incumplimiento”, en Javier Couso, ed., *Anuario de derecho público 2011*, Santiago, Ediciones UDP, 2011.

30 La CIDH, sumando la jurisprudencia de la Corte IDH al respecto, ha hecho hincapié en que el incumplimiento por el Estado de garantizar el derecho a la propiedad territorial puede perjudicar el goce de varios otros derechos fundamentales: el derecho a la vida, el derecho a la salud, derechos económicos y sociales, el derecho a la identidad cultural y la libertad religiosa, derechos laborales, el derecho a la libre determinación y el derecho a la integridad física y moral. Ver CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 153-167.

31 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C 79, párr. 149.

garantías más destacadas para proteger este derecho a la propiedad es la satisfacción del derecho a la consulta libre, previa e informada a través de mecanismos efectivos y culturalmente adecuados.

Es importante distinguir entre los conceptos de “tierra” y “territorio” indígena. El concepto de la tierra “tradicionalmente ha sido delimitado física y jurídicamente en cabeza de una persona natural o jurídica”.³² El de territorio indígena es un concepto mucho más amplio, definido por los usos y ocupaciones que efectúa un pueblo. El Convenio 169 de la OIT incorpora explícitamente un entendimiento holístico de “territorio”. El artículo 13.2 requiere una definición amplia al enfatizar que “[l]a utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de ‘territorios’, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. El Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha descrito el alcance expansivo de la idea de “territorio” en los siguientes términos:

el territorio es un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado. Este espacio es reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados.³³

Así, el uso de la palabra “territorio” en el derecho internacional comprende no solo un espacio de tierra cuantitativamente y monetariamente evaluable, sino también un ámbito cultural, social y económico, con el cual los pueblos sostienen una relación colectiva e histórica. Es esta relación la que protegen los derechos territoriales contemplados por los estándares internacionales.

La relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios ha sido reconocida como la base de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el derecho internacional. Los pueblos originarios tienden a tener modos de vida y una cosmovisión que implica estar conectados integralmente con el territorio.³⁴ Por ello, el Convenio 169

32 César Rodríguez Garavito y otros, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Uniandes, 2010, p. 43.

33 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman*, 2006, p. 14, www.iidh.ed.cr.

34 Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C125, párr. 135, (“[l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”).

hace hincapié en esta relación en su artículo 13.1 e impone una obligación al Estado de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”. Asimismo, la Corte Interamericana ha declarado en varios dictámenes que la relación estrecha que las comunidades indígenas mantienen con sus territorios requiere la protección *especial* de sus derechos territoriales en virtud del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁵ La Corte ha insistido en que la preservación de la conexión entre los pueblos indígenas y sus territorios está ligada a la sobrevivencia de estos pueblos.³⁶ Por lo tanto, el derecho internacional y la jurisprudencia interamericana exigen que el Estado deba “respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”.³⁷

El derecho internacional también reconoce el carácter colectivo de la relación que muchos pueblos originarios mantienen con su territorio. El Convenio 169 requiere que los gobiernos signatarios presten atención especial a la relación espiritual y cultural que los pueblos indígenas tienen con su territorio, “y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.³⁸ La Corte Interamericana, por su parte, ha sido líder en definir los alcances del derecho a la propiedad colectiva. A través de una serie de decisiones, ha interpretado el artículo 21 de la Convención Americana de tal manera que protege los derechos a la propiedad colectiva de pueblos originarios, sobre la base de sus distintas concepciones de propiedad y los usos comunales de tierra y recursos naturales.³⁹ La dimensión colectiva del derecho a la propiedad territorial no

35 Ver Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C 146, párr. 118, y Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C125, párr. 137.

36 Ver Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 91.

37 *Íd.*, párr. 92.

38 OIT, Convenio 169, artículo 13(1).

39 La Corte reconoció por primera vez el derecho a la propiedad colectiva en el caso *Awas Tingni*. Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C 79, párr. 149: “... entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. La Corte ha clarificado la naturaleza distinta del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en casos siguientes. Ver Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C 146, párr. 120, 143: “Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas (...) tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”. Ver también Corte IDH, caso *Comu-*

está reñida con los derechos a la propiedad individual de que pueden disfrutar los miembros particulares de la comunidad, sino que, como ha sostenido la Corte Interamericana, ambos aspectos pueden coexistir armónicamente.⁴⁰

Las normas internacionales que protegen los derechos territoriales de los pueblos indígenas no están limitadas a los pueblos que han ocupado sus territorios ancestralmente. Por ejemplo, en la sentencia del caso *Saramaka*, la Corte Interamericana extendió el derecho a la propiedad colectiva a un pueblo tribal descendiente de esclavos africanos y, por lo tanto, no originario de la región, pero que sí tenía un vínculo especial y tradicional con el territorio.⁴¹ De esta forma, es la vinculación con el territorio, basada en un uso significativo, y no el uso ininterrumpido desde tiempos inmemoriales, lo que distingue los derechos territoriales de los pueblos indígenas.⁴²

Asimismo, los derechos territoriales se extienden sobre tierras que forman parte del territorio de los pueblos indígenas aunque las comunidades no tengan un título formal sobre los mismos. Tanto un Comité Tripartito de la OIT⁴³ como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁴ han confirmado de manera explícita que los pueblos indígenas que carecen de títulos formales sobre sus territorios deben ser consultados respecto de las medidas o proyectos de inversión que pretendan implementarse si afectan sus territorios tradicionales y to-

nidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C 214, párr. 87.

40 La Corte IDH ha resuelto esa tensión identificando a los poseedores de los derechos a la propiedad territorial como los miembros individuales de las comunidades indígenas. Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C 79, párr. 148: "... mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos— esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención 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" (énfasis añadido).

41 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 86; ver también CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, referidos en Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C 79, párr. 140(h), donde se determinó que una comunidad tenía derechos territoriales sobre una región que había habitado desde la década de 1940.

42 César Rodríguez Garavito y otros, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Uniandes, 2010, p. 49.

43 CEARC, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento de Guatemala del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC)*, GB.299/6/1, 4 de junio de 2007, párr. 48.

44 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C 79, párr. 153; CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.LN/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 293.

dos aquellos que ocupan o usan de alguna manera. Al respecto, y de modo coincidente, el Relator Especial ha expresado su preocupación por el hecho de que

algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las represas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que (...) el deber de celebrar consultas con [los pueblos indígenas] se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.⁴⁵

Los derechos que los pueblos indígenas ejercen sobre sus territorios se fundan en su uso u ocupación tradicional de la tierra. Los tipos de uso que reflejan esta relación territorial única varían dependiendo de las características del pueblo indígena y de las circunstancias de cada caso. El Convenio 169 utiliza un lenguaje amplio para requerir que el Estado respete la relación que los pueblos indígenas tienen con las tierras que “ocupan o utilizan de alguna manera”.⁴⁶ El artículo 14 incluye dentro de los derechos territoriales aquellos sobre los cuales los pueblos originarios “hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

Por su parte, la Corte IDH identifica una lista abierta de actividades que pueden implicar un vínculo territorial. Los usos tradicionales de la tierra y de los recursos naturales que califiquen bajo ese criterio incluyen tanto usos espirituales y culturales como materiales y económicos. La lista incluye, entre otros, los siguientes:

- lazos espirituales o ceremoniales
- asentamientos o cultivos esporádicos
- caza, pesca o recolección estacional o nómada
- uso de recursos naturales ligados a sus costumbres
- cualquier otro elemento característico de su cultura⁴⁷

45 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 44 (énfasis añadido).*

46 OIT, Convenio 169, artículo 13(1)-(2).

47 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C 146, párr. 131.

Algunos de estos usos son propios de los pueblos indígenas, como las actividades religiosas o ceremoniales ligadas a lugares físicos, mientras que otros –como la cacería, pesca o agricultura– no son necesariamente exclusivos de los pueblos indígenas, pero crean derechos territoriales si se relacionan con la forma de vida o supervivencia material de un pueblo indígena. La relación de los pueblos originarios con la tierra es ancestral, y no ven en esta un objeto de posesión y producción típica de la concepción liberal. Esta relación, “profundamente espiritual”, y por tanto la garantía de su derecho, pasa por comprender que “la tierra no es una mercancía que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente”.⁴⁸ El alcance geográfico del derecho a la propiedad territorial de los pueblos originarios se extiende más allá de las áreas tradicionalmente habitadas, a las tierras y los recursos que han utilizado para propósitos espirituales y culturales, o materiales y económicos.⁴⁹

Los pueblos indígenas también tienen el derecho a la propiedad sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. El Convenio 169 (art. 15) requiere que los Estados Partes establezcan y mantengan procedimientos a través de los cuales consultar a los pueblos indígenas antes de iniciar un proyecto de exploración o explotación relacionado con recursos naturales en territorios indígenas. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce el derecho a los recursos territoriales como un corolario necesario al derecho a la propiedad colectiva,⁵⁰ y también como un derecho esencial para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas.⁵¹ Como la Corte declaró en el caso *Saramaka*:

48 Ver Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías ONU, *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*, Relator Especial José Martínez Cobo, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, párr. 196 y 197. Esta relación, no percibida por la población no indígena, encuentra fundamento jurídico de manera amplia en el Convenio 169: “El Convenio fue redactado para reconocer situaciones en las que existen derechos sobre tierras que han sido tradicionalmente ocupadas, pero también podría abarcar situaciones en las que pueblos indígenas tienen derechos sobre tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera, bajo otras consideraciones”. Ver CEARC, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Radical de Trabajadores del Metal y Similares*, GB.276/16/3, 1999, párr. 37. Ver también CEARC, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC)*, 2007, párr. 47.2.

49 La CIDH ha declarado que el uso y ocupación tradicional no se limita a la ocupación física en aldeas, sino que “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines”. CIDH, Informe 40/04, Caso 12.053, *Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 129.

50 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 141, “el derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo (...) poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia”.

51 *Id.*, párr. 122.

dada la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio (...). Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad.⁵²

Así, los derechos a los recursos naturales forman parte del derecho colectivo a la propiedad territorial.

El alcance material del derecho a los recursos naturales abarca todos aquellos recursos que han sido usados y son necesarios para la supervivencia, desarrollo y forma de vida de los pueblos originarios. Así como en el caso de los derechos territoriales, en los usos de recursos naturales que dan origen a derechos hacen parte los estrictamente materiales como los espirituales o culturales.⁵³ En el caso *Saramaka*, la Corte Interamericana analizó si la madera y otros productos forestales que eran parte de una concesión otorgada por el gobierno eran necesarios para la supervivencia de las comunidades indígenas que tradicionalmente los usaban. La Corte determinó que las materias forestales son necesarias para la tribu saramaka dada su dependencia de la madera como material para la construcción y otras actividades económicas, y consideró también el vínculo espiritual entre la tribu y el ambiente forestal.⁵⁴ De esta manera, las concesiones o proyectos de inversión que exploten los recursos naturales tradicionalmente utilizados por comunidades indígenas infringirán el derecho a la propiedad de las comunidades afectadas, derecho garantizado por el artículo 21 de la Convención Americana.

Las concesiones o proyectos de inversión que tienen efectos secundarios sobre los recursos naturales usados por comunidades indígenas, aun cuando no exploten el mismo recurso, también pueden generar la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas.

52 *Ibíd.*

53 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.LN/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 181.

54 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 144-146.

La Corte Interamericana ha advertido sobre ello. Por ejemplo, una concesión para una mina de oro en un determinado territorio indígena podría afectar los derechos de las comunidades afectadas aunque estas nunca hayan utilizado el oro; por ejemplo, si la operación de la mina contaminara los ríos y arroyos.⁵⁵ Así, la pregunta crucial es si el proyecto tendrá un impacto en los recursos naturales sobre los cuales la comunidad indígena afectada tiene un derecho propietario. Si un acto administrativo o legislativo implica un impacto efectivo, el gobierno tiene el deber de consultar con las comunidades afectadas.

Cuando los derechos a la propiedad territorial de los pueblos indígenas entran en conflicto con derechos propietarios de terceros, ha de resolverse según los principios que rigen las limitaciones de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha elaborado una serie de requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda restringir los derechos de los pueblos indígenas lícitamente,⁵⁶ y ha dictaminado que el simple uso productivo de tierra o recursos por un tercero no es una justificación suficiente para negar el derecho a la propiedad territorial.⁵⁷ En el caso *Sawhoyamaya*, la Corte IDH rechazó los alegatos del gobierno paraguayo, que intentaba limitar los derechos territoriales de comunidades indígenas porque la tierra y los recursos en juego eran propiedad privada registrada de terceros y generaban ganancias para sus dueños. La Corte criticó estos alegatos, ya que estaría “mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos”.⁵⁸ La Corte dictaminó que la necesidad jurídica del gobierno de considerar estos argumentos no exime al Estado de una eventual responsabilidad internacional por restringir

55 La Corte consideró esa posibilidad en el caso *Saramaka* (párr. 126). Asimismo, la Corte falló que la explotación de madera puede afectar otros recursos naturales usados tradicionalmente por la tribu, como animales y frutos.

56 Las restricciones permisibles en el uso y goce de derechos de propiedad deben (a) estar establecidas por ley, (b) ser necesarias, (c) ser proporcionales, y (d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Ver Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C125, párr. 144. En el contexto del derecho de pueblos indígenas, en especial respecto del uso y goce de las tierras y recursos naturales, la Corte ha especificado que las restricciones en estos derechos deben cumplir tres criterios más: (a) la comunidad debe poder participar efectivamente de acuerdo con sus costumbres y tradiciones en el plan de desarrollo, proyecto de inversión o proyecto de explotación, (b) la comunidad debe beneficiarse razonablemente del proyecto, y (c) no emitirá una concesión en territorio indígena a menos y hasta que se realice un estudio de impacto ambiental y social independiente y bajo la supervisión del Estado. Ver Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 128-129.

57 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C 146, párr. 138; CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.LN/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 120.

58 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C 146, párr. 139.

los derechos de las comunidades afectadas.⁵⁹ El simple hecho de que un privado posea un título formal o haya adquirido el derecho a usar ciertos recursos naturales no es suficiente para anular o violar el derecho territorial de los pueblos indígenas. El Estado está en la obligación de revisar, caso por caso, la solución más adecuada, considerando el derecho a una compensación justa a terceros propietarios y la importancia de los derechos territoriales para los pueblos indígenas.

En resumen, el derecho internacional, especialmente el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, reconoce los derechos a la propiedad territorial sobre las tierras y los recursos naturales que los pueblos indígenas han utilizado o poseído tradicionalmente, con los cuales mantienen una relación especial de la cual depende su supervivencia física y cultural. El alcance de estos derechos tiene implicaciones importantes para el derecho a la consulta. El deber de consultar surge cada vez que decisiones estatales afecten directamente a un pueblo indígena de manera evidente o a sus cosmovisiones o prácticas culturales propias.⁶⁰ Debido a la relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus territorios, todas las decisiones del Estado que afecten los derechos territoriales de comunidades indígenas deberán ser sometidas a un proceso de consulta previa, libre e informada, puesto que “es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa, así como los efectos de la consulta previa misma”.⁶¹ En otras palabras, el derecho del pueblo indígena a la consulta previa tiene un alcance *territorial*.

4.2.2.1. Resumen de las observaciones sobre el alcance territorial de la consulta

Como todos los pueblos indígenas, las comunidades mapuche visitadas por los investigadores del Consorcio mantienen una relación especial con su territorio que permite hacer surgir los derechos a la propiedad territorial reconocidos en el derecho internacional. Esa relación especial se manifiesta en el uso tradicional y actual de la tierra y los recursos naturales, particularmente el uso de agua dulce de esteros y ríos en zonas rurales. Las comunidades indígenas utilizan el agua de estas fuentes tanto para propósitos espirituales o culturales como para fines materiales y económicos. La celebración periódica del guillatún en lugares fijos y la necesidad del agua para realizar el rito son los usos espirituales y culturales más destacados en las comunidades; los dos principales usos materiales son el consumo humano y la agricultura.

59 Íd., párr. 141 y 144.

60 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 43.

61 César Rodríguez Garavito y otros, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Uniandes, 2010, p. 44.

Colectivamente, los usos tradicionales de la tierra y los recursos naturales son esenciales para la preservación cultural y supervivencia material de las comunidades. Como los proyectos de piscicultura pueden afectar negativamente estos usos, y se encuentran dentro del alcance territorial, tienen la obligación de consultar.

Por siglos, los mapuche han subsistido gracias a la caza, la pesca y la agricultura, y han desarrollado una reverencia especial por las características naturales de la tierra que han ocupado tradicionalmente.⁶² Aunque el proceso de urbanización y modernización ha cambiado el modo de vida de muchos de ellos, las comunidades rurales de la Araucanía visitadas por el Consorcio siguen teniendo una conexión similar con su territorio. La peligrosidad de la situación “está dada por la acción depredadora de esta sociedad, que es a la vez invasora, usurpadora e impositiva: invade los espacios físicos y socioculturales de cada pueblo originario, usurpa sus bienes materiales, desde la tierra y el agua mismas hasta los derechos legales de uso, goce y disposición de minerales, vegetales y animales del territorio indígena, e impone su propio aparato legal y cultural”.⁶³

Los miembros de las comunidades que se entrevistaron con los investigadores enfatizaron esa conexión. Para algunos, la relación especial que tienen con su territorio es un orgullo y una característica que define lo que significa ser mapuche. Como explicó Jorge Tignado, secretario de la comunidad Llafenco, “el mapuche vive relacionado con la naturaleza, con el medio ambiente, con los ríos, con los cerros. Tiene una cultura de convivencia”.⁶⁴ Esa relación con el medio ambiente tiene un carácter espiritual. Irma Epulef Railef, de Palguín Bajo, explica que los valores mapuche y sus formas tradicionales de vida se fundan en la conexión con la *ñuke mapu*, la “madre tierra”.⁶⁵ Como lo ha reconocido el derecho internacional, los mapuche entienden que la relación especial con sus alrededores tiene un alcance territorial y que no se limita a una concepción occidentalizada de la tierra o la propiedad (normalmente individual). Como enfatiza Juan Pablo Huichalaf, de la comunidad Juan Huinolpan, en Cónquil, “[nosotros] hablamos de territorio. Sabemos ancestralmente qué lo conforma. Se define a través de la relación espiritual”.⁶⁶

En el territorio mapuche es posible encontrar una variedad de sitios cultural y religiosamente significativos. Los *gijatuwe*, sitios sagrados

62 José Bengoa, *Historia de los antiguos mapuche del sur: Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín. Siglos XVI y XVII*, Santiago de Chile, Catalonia, 2007.

63 Carlos Ruiz, “Síntesis histórica del pueblo mapuche (siglos XVI-XX)”, en Elicura Chihuailaf y otros, *Historia y luchas del pueblo mapuche*, Santiago de Chile, Aún Creemos en los Sueños, 2008, p. 67.

64 Entrevista personal, 13 de enero de 2011.

65 Entrevista personal, 14 de enero de 2011.

66 Entrevista personal con comunidades en Cónquil, 26 de enero de 2011.

donde se realizan los guillatunes, son especialmente importantes. El guillatún (*nguillatun*), que es una de las ceremonias espirituales más relevantes de su cultura, se puede dedicar a pedir por el bienestar o una cosecha buena, el fortalecimiento de los vínculos que unen la comunidad, o para agradecer. Su frecuencia depende de cada comunidad. Así, por ejemplo, en Llafenco la ceremonia se celebra cada cuatro años,⁶⁷ mientras que en otras comunidades se realiza cada dos.⁶⁸

Las características que muestran la vinculación estrecha entre el guillatún y el territorio son, primero, la realización repetida del rito en un lugar fijo, que infunde a la tierra un significado espiritual especial. La conexión espiritual entre la ceremonia y la tierra se manifiesta en el nivel comunal y familiar. Así, cada comunidad mapuche tiene su propio *gijatuwe*. El hecho de que generaciones anteriores de líderes de la comunidad realizaran la ceremonia en el mismo lugar crea un sentido de continuidad que posibilita la cohesión social y la preservación cultural. Sara Alarcón, de la comunidad Llafenco, explica que el guillatún de su comunidad está enlazado al *gijatuwe* y que no podría realizarse en otro lugar. En Putúe, el presidente de la comunidad Pedro Ancalef dio un énfasis similar al significado de la ubicación del *gijatuwe* de su comunidad.⁶⁹ En el nivel familiar, el *gijatuwe* está dividido en secciones que corresponden a determinadas familias. El lugar de cada familia se mantiene en el mismo sitio durante los distintos ciclos de la realización del guillatún y las familias construyen pequeñas estructuras de madera en sus terrenos designados, las cuales se desmontan al finalizar, aunque la madera permanece en el lugar para marcar el terreno de la familia en los futuros ritos. Como se observa, la ubicación del *gijatuwe* simboliza continuidad para la comunidad en general y para las familias que la constituyen en particular.

Para realizar la ceremonia, cuentan Sonia Ñanco y Jorge Tropán, se requiere una fuente constante de agua tanto para abastecer a los animales (incluyendo los caballos ceremoniales) como para cocinar para los participantes y visitantes, y posteriormente, para lavar los utensilios de cocina y otros artículos. En Melipeuco, el lonko de la comunidad indígena comentó que los miembros de la comunidad tradicionalmente toman el agua directamente del río durante la ceremonia.⁷⁰ Jorge Tropán, presidente de la comunidad Wechumilko, explicó que en algunas

67 Entrevista personal con Sara Alarcón, 21 de septiembre de 2010, y entrevista personal con Sonia Ñanco, 14 de enero de 2011.

68 Entrevista personal con lonko de la comunidad indígena de Melipeuco, 25 de septiembre de 2010, y entrevista con Jorge Tropán, 16 de enero de 2011. Sobre las costumbres mapuche, como el guillatún, ver José Bengoa, *Historia del pueblo mapuche (siglo XIX y XX)*, Santiago, Lom, 2000, p. 368 y ss. Ver también Tomás Guevara, *Las últimas familias i costumbres araucanas*, Santiago, Imprenta Barcelona, 1913.

69 Entrevista personal, 16 de enero de 2011.

70 Entrevista personal con lonko, 25 de septiembre de 2010.

circunstancias la ceremonia incluye el uso ritual de agua, que también es necesaria para que los participantes puedan asearse durante las ceremonias que se extienden por varios días. Entonces, proteger la calidad del agua es relevante porque muchos de los usos descritos incluyen el consumo humano e implican contacto con la piel: si el agua estuviera contaminada representaría una amenaza para la salud pública dado el gran número de participantes en las ceremonias de *nguillatun*.⁷¹ Cada *gijatuwe* que visitó el Consorcio está localizado cerca de un río o estero, y las comunidades dependen del agua limpia proveniente de estas fuentes naturales para la realización de la ceremonia.

El *gijatuwe* correspondiente a la comunidad indígena Llafenco es particularmente susceptible a los impactos negativos de la piscicultura Palguín. El límite del *gijatuwe* está aproximadamente a diez metros de la orilla del río Palguín y a 1,5 km de la piscicultura. Casi toda el agua que se utiliza en la ceremonia se extrae directamente del río Palguín.⁷² No existe una fuente de agua alternativa que sea confiable ni capaz de proporcionar el volumen necesario para abastecer la ceremonia, por lo que es importante considerar el riesgo de que cualquier contaminante de la piscicultura entre en el río Palguín y recorra la corta distancia hasta la ubicación del *gijatuwe*. Varios miembros de la comunidad indígena que se entrevistaron con investigadores del Consorcio expresaron su profunda preocupación, porque si el río Palguín se contamina ya no será posible realizar el *nguillatun*: “Si nos contaminan el río no vamos a tener más *nguillatun* porque no vamos a tener de dónde sacar agua limpia”, dijo Sara Alarcón, y Sonia Nanco añade: “Si nosotros no pudiéramos hacer [el *nguillatun*] ya sería por culpa del medioambiente, por la contaminación del agua de la piscicultura”.

El *gijatuwe* de la comunidad Pedro Ancalef se ubica aproximadamente a 1,3 km de la piscicultura Newenco y a dos kilómetros de la piscicultura Los Ríos. La comunidad celebra un *guillatun* grande cada cuatro años, y otras ceremonias pequeñas con más frecuencia, señala Juan Curimil, presidente de la comunidad,⁷³ quien agrega que los *guillatunes* se han realizado en el mismo lugar desde que él tiene conocimiento. Refiriéndose a la instalación de dos pisciculturas tan cerca de ese lugar sagrado –así como al vertedero y a la planta de tratamiento de aguas servidas–, describe la situación como “la desgracia más grande; ya no hay respeto para nosotros”.

71 Casi todos los miembros de la comunidad participan o asisten al *guillatun*. Los pueblos indígenas expresaron a los investigadores del Consorcio que es habitual que la comunidad de acogida invite a representantes de comunidades cercanas. Cuando eso ocurre, el número de asistentes supera sustancialmente el número de habitantes de la comunidad de acogida.

72 Entrevista personal con Sonia Nanco, 14 de enero de 2011.

73 Entrevista personal, 13 de enero de 2011.

Debido al papel central que desempeñan el *gijatuwe* y los ríos cercanos en las actividades culturales y espirituales de la comunidad indígena, esta manifiesta un claro interés por mantener su propiedad territorial, en conformidad con lo estipulado en el derecho internacional. Este interés se extiende a las fuentes de agua necesarias para la correcta ejecución del ritual. De hecho, la conexión integral entre un guillatún y el río asociado imparte una cualidad espiritual al propio río. Sonia Nanco, miembro de la comunidad Llafenco, se refiere al río Palguín como “sagrado”. Es muy probable que la instalación tan cercana a un *gijatuwe* de una piscicultura de gran escala, que saca el agua del mismo río utilizado para efectuar el guillatún, afecte los derechos territoriales de la comunidad indígena, y ello implica la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas afectados.

Además del guillatún, otros usos espirituales y culturales de la tierra y de los recursos de las comunidades podrían verse afectados por la intervención estatal o de privados. Por lo tanto, el Estado está obligado a poner en marcha los procesos de consulta. En un estudio antropológico encargado por el titular de la piscicultura Palguín se documentó un *winkul* (cerro sagrado) y un *pitrantu* (bosque sagrado) en Palguín Bajo y Llafenco, respectivamente. Además, hay sendos cementerios mapuche en la zona correspondiente a las dos comunidades. El cementerio de Llafenco, que es el lugar de descanso para “los más ancianos” de la comunidad, se ubica a unos 1,5 km de la locación de la piscicultura. El cementerio de Palguín Bajo sigue siendo utilizado por la comunidad y se encuentra a una distancia aproximada de 2,1 km de la piscicultura.⁷⁴ Miembros de la comunidad de Palguín Bajo y Llafenco describieron la persistente presencia de sus antepasados como una base fundamental para su conexión con el territorio.⁷⁵ El potencial impacto de una piscicultura tan cerca de los lugares religiosos y/o culturales es un argumento medular a favor de la realización de una (o más) consultas.

En el sector de Putúe también hay varios lugares sagrados situados en los alrededores de las pisciculturas. Por ejemplo, un *pitrantu* está situado a 535 metros de la piscicultura Newenco; un *menoko* (lugar desde donde se extraen medicinas naturales) se ubica al sureste de la misma piscicultura, a aproximadamente 915 metros, donde actualmente está el vertedero; un *eltun* (cementerio histórico) se ubica muy cerca de la comunidad Pedro Ancalef, a 1,5 kilómetros de la piscicultura.⁷⁶ Fue precisamente

74 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo 16, 22 de mayo de 2009, pp. 7-11.

75 Entrevista personal con Manuel Rivera, 13 de enero de 2011; con Alejandro Puelma Epulef, 14 de enero de 2011, y con Sara Alarcón, 14 de enero de 2011.

76 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Documento de apoyo, 14 de diciembre de 2010. Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, RCA, 28 de julio de 2011.

esa la comunidad que documentó en una carta entregada a la CONAMA la existencia de los siguientes terrenos de significación cultural mapuche cerca de la piscicultura: sitio *tren tren*, sitio *traliko* (estero), sitio *trayen* (saltillo o cascada), dos sitios *charawuilla* (chiripá), sitio *aliwen* (laurel) y sitio *lafken* (laguna).⁷⁷ Y sobre ellos apuntaba la carta que “se mantiene vivo el uso ritual de los sitios de significación cultural, en el marco de las prácticas religiosas comunitarias”.

Además de su importancia religiosa y cultural, las comunidades visitadas utilizan los terrenos y sus recursos naturales de forma extensiva para su subsistencia, de ahí la preocupación por los efectos que pudiesen provocar las pisciculturas propuestas. La dependencia material de los ríos de aguas limpias se manifiesta en al menos dos categorías de uso: consumo humano y producción agrícola.

El uso del agua para consumo humano tiene evidentes implicancias para la supervivencia física de las comunidades, como tales y para sus miembros individuales. En Palguín Bajo y Llafenco varias familias utilizan los ríos para el consumo humano. Aunque ambas comunidades poseen una red de suministro de agua potable, no es suficiente para abastecer a todas las familias durante todo el año. Por ejemplo, en Palguín Bajo hay aproximadamente siete familias que viven en las afueras de la comunidad que no están conectadas a la red de suministro y, por lo tanto, no reciben agua potable.⁷⁸ Y las familias que están conectadas a la red se quejan por el alto costo que deben pagar por el consumo de agua.⁷⁹ Además, durante los meses de verano bajan los niveles de agua en los embalses, con lo que la red de suministro deja de funcionar debido a la falta de presión. Cuando esto ocurre, varios miembros de la comunidad recurren al agua del río.⁸⁰ Sara Alarcón, miembro de la comunidad Llafenco, explicó a los investigadores del Consorcio que puede haber escasez de agua varias veces al año, por lo cual su familia se ve obligada a utilizar el agua del río Palguín para uso doméstico: “En el verano se nos corta el agua y tenemos que ir al río para buscar agua para consumo. Se nos corta el agua en el invierno porque caen hojas en los tanques, y tapan la cañería y hay que ir al río para buscar agua. En el verano se corta el agua porque no llueve y así los tanques no bastan, pues igual tenemos que ir al río para agua de consumo”.

Igualmente, en Cónquil un número significativo de comunidades utiliza el agua del estero Cónquil para consumo humano. El secretario regional ministerial (“seremi”) de Salud visitó el sector y concluyó que

77 Íd.

78 Entrevista personal con Alejandro Puelma Epulef, 14 de enero de 2011.

79 Entrevista personal con Irma Epulef Railef, 14 de enero de 2011.

80 Entrevista personal con Irma Reselda Alle Antinao, 21 de septiembre de 2010; entrevista personal con Sonia Nanco, 13 de enero de 2011; entrevista personal con Jorge Tignado, 13 de enero de 2011, y entrevista personal con Margarita Martínez, 14 de enero de 2011.

por lo menos seis comunidades indígenas lo hacían.⁸¹ En su presentación oficial ante la CONAMA, en respuesta a la DIA presentada para la piscicultura Quilentue, la CONADI instó a reconocer este hecho.⁸² La Municipalidad de Villarrica, que realizó una investigación sobre el uso humano del estero, concluyó que aproximadamente 3.000 personas consumen el agua directamente, aunque no está claro cuántas de ellas son indígenas.⁸³ En cualquier caso, la preocupación por el impacto potencial para la salud de la piscicultura en relación con los consumidores de agua del estero Cónquil fue una de las principales razones por las cuales la CONAMA se negó a aceptar la DIA para la piscicultura Quilentue.⁸⁴

La mayoría de los miembros de la comunidad indígena a los que se entrevistó son agricultores, que dependen de los ríos cercanos para regar los cultivos y para la cría de animales, incluyendo caballos, vacas, ovejas, gallinas, patos y cerdos. La dependencia de las aguas del río para su subsistencia directa es una realidad para las familias que viven en sus orillas, y para las que viven a una distancia mayor pero tienen un terreno o un pastoreo colindante con su ribera. Por ejemplo, Jorge Tignado vive a unos 30 metros del río Palguín y utiliza el agua del río para el riego de su huerta; la casa de Marcial Puelma Huepuleu está ubicada a cientos de metros del río Palguín, pero su tierra se extiende hasta el río, donde sus animales a menudo se reúnen para obtener sombra, comida y agua.⁸⁵

Las cosechas y los animales son consumidos directamente por las familias, o bien se venden en la ciudad, con lo que se transforman en una importante fuente de ingresos para los miembros de la comunidad. En ambos casos, los pueblos indígenas enfatizaron que la calidad del agua utilizada en los productos agrícolas es fundamental. En términos de uso comercial, Jorge Tignado, secretario de la comunidad Llafenco, explicó que muchas veces los productos de sus cosechas pueden alcanzar un valor de mercado más alto porque se producen de forma natural y sin productos químicos. Por eso, manifestó su temor de que los desechos químicos y orgánicos producidos por la piscicultura Palguín afecten sus cosechas debido a la contaminación del agua, pues ello perjudicaría ese valor agregado y con ello reducir significativamente el potencial de ingresos de su huerta. Irma Epulef Railef, de

81 Sea.gob.cl, "Modificación y ampliación piscicultura Quilentue", Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento inconforme sobre DIA, 9 de septiembre de 2010.

82 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento inconforme sobre DIA, 6 de septiembre de 2010.

83 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento municipalidad, 3 de septiembre de 2010.

84 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Resolución de término anticipado, 23 de septiembre de 2010.

85 Entrevista personal, 13 de enero de 2011.

Palguín Bajo, comentó que muchos agricultores mapuche viven de la ganadería y de los cultivos que producen, e hizo hincapié en que solo estaban dispuestos a consumir productos que sabían eran “sanos y limpios”, y que los alimentos producidos aguas abajo de la piscicultura no cumplen con esos criterios.⁸⁶

En consecuencia, el acceso constante al agua potable es necesario tanto para la agricultura de subsistencia como para aquella que tiene fines comerciales. El uso agrícola del agua de los esteros rurales, esencial para el desarrollo económico y la supervivencia material de las comunidades mapuche, debe calificarse como “uso tradicional” y, en consecuencia, dar lugar a los derechos de propiedad territorial, conforme al derecho internacional.

4.3. LOS PARTICIPANTES DE LA CONSULTA PREVIA

Para ser válidas, las consultas previas, libres e informadas deben realizarse entre las partes directamente interesadas. Los gobiernos deben realizarlas con los pueblos y organizaciones representativas afectados directamente por la medida que será consultada. Ciertamente, los participantes en cualquier proceso de consulta varían según la naturaleza de la medida en cuestión. Una consulta relativa a una medida legislativa que pudiese afectar a la población indígena de toda una nación tendrá una lógica de participación distinta que una consulta sobre un proyecto privado de desarrollo dentro del territorio de una sola comunidad.

En la siguiente sección se describen las normas internacionales en torno a la participación de tres grupos de actores en los procedimientos de consulta. En primer lugar, independientemente de la medida en cuestión, el Estado es siempre el responsable de garantizar el derecho a la consulta libre, previa e informada; así es como lo ordena el Convenio 169 de la OIT. Por razones jurídicas y políticas, los funcionarios estatales deben asumir la responsabilidad de consultar directamente y siempre deben liderar el diseño e implementación de los procedimientos de consulta, incluso cuando la actividad que debe poner en ejercicio la consulta sea impulsada por empresas privadas. Cuando estas últimas inician o participan en los procesos de consulta con los pueblos indígenas, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que sean válidos, apropiados y conforme a los estándares.

Independientemente de las obligaciones del Estado, las empresas que operan con proximidad a los territorios indígenas deben respetar los derechos internacionalmente reconocidos de estos pueblos, incluyendo el derecho de consulta.

⁸⁶ Entrevista personal, 14 de enero de 2011.

El tercer grupo de participantes es el pueblo indígena afectado y sus organizaciones. La consulta debe llevarse a cabo a través de sus instituciones legítimas y representativas, determinadas libremente a través de sus propios procesos internos.

4.3.1. El Estado debe garantizar una consulta válida y proteger los derechos de los pueblos indígenas

Según los principios generales del derecho internacional, la obligación de consultar le corresponde al Estado, y no a las entidades privadas. La OIT y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han hecho hincapié en que el gobierno no puede abdicar de su deber de consultar a los pueblos indígenas ni delegar la responsabilidad a las empresas privadas.⁸⁷ Asimismo, el Relator Especial de la ONU ha reiterado en los siguientes términos que el Estado es el titular responsable de asegurar que los pueblos indígenas disfruten del derecho de ser consultados:

Frecuentemente las cuestiones que deben consultarse surgen cuando los gobiernos otorgan concesiones a empresas privadas para extraer recursos naturales, construir represas o realizar otros proyectos de desarrollo en tierras indígenas o en sus inmediaciones. A este respecto, el propio Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas. De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad.⁸⁸

Para que el Estado cumpla con su obligación internacional de garantizar la consulta efectiva es necesario que desarrolle la capacidad insti-

87 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 61, www.ilo.org: "Dentro del contexto del Convenio núm. 169, la obligación de garantizar que se efectúen las consultas adecuadas recae en los gobiernos y no en particulares o empresas privadas. El Estado es el responsable de garantizar que se tomen las medidas de consulta y participación necesarias".

CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 291: "La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión".

88 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 54 (el destacado es nuestro).

tucional para ello. Esto significa, entre otras cosas, contar con recursos suficientes para la realización de procesos de consulta previa, libre, informada y de buena fe, además de equipos institucionales capaces de sostener diálogos de manera intercultural.⁸⁹ La Comisión Interamericana, que insta a los Estados a llevar a cabo las consultas directamente a través de agentes gubernamentales, señala que “las autoridades públicas competentes” son los interlocutores idóneos para relacionarse con los representantes indígenas en el procedimiento de consulta.⁹⁰ La Comisión observa con preocupación los casos en que el Estado delega *de facto* en privados su obligación de consultar (párr. 291). De ello se sigue el deber que tiene el Estado de garantizar que todos sus órganos que de alguna manera se relacionen con las empresas observen las obligaciones internacionales en materia de consulta previa, como es el caso de los procesos de evaluación y fiscalización ambiental.⁹¹

La falta de observancia de los principios que conforman el contenido esencial de la obligación de consultar redundaría en la innegable irresponsabilidad e incumplimiento de la normativa internacional por parte del Estado.⁹² En el caso *Saramaka*, la Corte Interamericana sostuvo que el fracaso de Surinam en asegurar la consulta adecuada a los pueblos indígenas afectados con las concesiones mineras otorgadas a empresas privadas resultó en una violación del derecho de los pueblos a la propiedad; por ello sostuvo que el Estado de Surinam era responsable y ordenó las reparaciones correspondientes.⁹³

Esta regla es consistente con un grupo mayor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha considerado a los Estados responsables por violaciones de derechos humanos cometidas por terceros. La jurisprudencia reconoce que aquellos tienen la obligación positiva de proteger a las personas de violaciones de derechos humanos cometidas por actores privados como las empresas.⁹⁴ Estas obligaciones derivan del artículo 1 de la Convención

89 César Rodríguez y Natalia Orduz, *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Colección Documentos de Justicia, 2012.

90 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 291.

91 Ver Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie, A/HRC/17/31, Anexo, Principio 8, 21 de marzo de 2011.

92 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 297.

93 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 156.

94 Corte IDH, caso *Ximenes-Lopes vs. Brasil*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C 149, párr. 85 (“Las obligaciones erga omnes que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas

Americana sobre Derechos Humanos, que obliga a los Estados Partes “a respetar los derechos y libertades reconocidos en [esta Convención] y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. En ciertas circunstancias, la omisión del Estado en prevenir o remediar una violación de los derechos humanos causada por un tercero dará lugar a su responsabilidad internacional en tanto se le atribuye la violación de la obligación de garantizar los derechos.⁹⁵ Como señaló la Corte IDH en el caso *Ximenes-Lopes*, la responsabilidad internacional puede derivar de “la falta del Estado en prevenir que terceros perjudiquen los bienes jurídicos que son protegidos por los derechos humanos” (párr. 86).

La Corte utilizó el mismo criterio para considerar a los Estados responsables por las desapariciones cometidas por los actores no estatales en Honduras, así como los abusos cometidos en instituciones de salud privadas en Brasil. Asimismo, si una empresa privada realiza “consultas” con los pueblos indígenas sin la participación del Estado, y este reconociera esa actividad como una consulta previa efectiva, podría ser responsabilizado internacionalmente por la violación de este derecho, ya que, según la normativa, una verdadera consulta previa nunca tuvo lugar.

Dada esta eventual responsabilidad que pueden contraer los Estados por violaciones a los derechos cometidas por actores privados dentro de su jurisdicción territorial, se debe definir con claridad las responsabilidades que pesan sobre las empresas para dar cumplimiento al derecho de consulta previa de los pueblos indígenas. Lo anterior implica que el Estado precise cuáles son las expectativas que se tienen respecto de las prácticas de las empresas por medio de una serie de políticas, de la legislación, de regulaciones y de decisiones judiciales, según lo ha señalado el Representante Especial de la ONU sobre empresas y derechos humanos.⁹⁶

necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales”) (el destacado es nuestro); Corte IDH, caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C 140, párr. 113; Corte IDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C 134, párr. 111, y Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A 18, párr. 140. Ver también Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie, A/HRC/17/31, Anexo, Principio 1, 21 de marzo de 2011: “Las obligaciones internacionales de derechos humanos exigen que los Estados respeten, protejan y realicen los derechos humanos de las personas que se encuentran en su territorio y/o su jurisdicción. Eso incluye el deber de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas”.

95 Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C 4, párr. 174-175, 182.

96 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie, A/HRC/17/31, Anexo, Principio 1, 21 de marzo de 2011.

Más aun, los Estados deben monitorear rigurosamente las actividades empresariales que pudieran afectar los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo aquellos casos en que las empresas desarrollan procesos similares de participación o consulta con las comunidades. Este deber de los Estados ha sido enfatizado por el Relator Anaya, quien sostiene que

el Estado deberá siempre vigilar de cerca el comportamiento de las empresas para garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas.⁹⁷

Para cumplir con este deber, el Relator señala que los Estados deben crear “mecanismos específicos” que permitan monitorear el comportamiento de las empresas con respecto a los pueblos indígenas (párr. 73), y llama a los Estados a “adoptar medidas para mejorar la capacidad de mediación de los organismos gubernamentales, en colaboración con las empresas si procede, para tratar los posibles conflictos de intereses en relación con las tierras y recursos indígenas” (párr. 74).

4.3.2. Las empresas privadas son responsables de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas

Sin perjuicio de que el Estado es el garante de los derechos humanos y, por tanto, tiene la responsabilidad de realizar una consulta adecuada, las empresas, como entidades miembros de la comunidad nacional, también tienen el deber de respetarlos.

El establecimiento del mandato de un Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales refleja el creciente reconocimiento de esa responsabilidad empresarial relativa a los derechos humanos.⁹⁸ El Representante Especial John Ruggie ha elaborado un marco de referencia que describe la relación entre las responsabilidades del Estado y las empresas con respecto a los derechos humanos.⁹⁹ Las empresas tienen la responsabilidad de respetarlos y de actuar con la debida diligencia para evitar infringir los derechos de los demás (párr. 24, 51-81).¹⁰⁰

97 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 57.

98 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/8/7, 18 de junio de 2008.

99 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

100 La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos es el segundo componente del marco del Representante Especial. El primero es el deber estatal de proteger contra los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, incluyendo a las empresas. El tercer

Además de este marco normativo internacional, debe considerarse como parte del propio interés empresarial que se respeten los derechos humanos en la realización de sus actividades. En este sentido, el Relator Especial Anaya ha observado que las empresas que no actúan en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos frecuentemente sufren consecuencias negativas, como la pérdida de tiempo y recursos económicos. Además, estas empresas tienen problemas para obtener los beneficios del mercado relacionados con el cultivo de una imagen de responsabilidad social.¹⁰¹

La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos se aplica a los derechos de los pueblos indígenas y debe responder a su naturaleza particular. El Representante Especial Ruggie observa que “de acuerdo con las circunstancias, es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas” para respetar y garantizar los derechos de grupos particularmente marginalizados o vulnerables, como los pueblos indígenas.¹⁰² En el contexto de los derechos indígenas, el Relator Anaya aclara que “el deber de las empresas de respetar los derechos humanos implica la diligencia debida de las empresas en la identificación previa de una serie de asuntos relativos a derechos básicos de estos pueblos indígenas y la atención adecuada a estos asuntos en la realización de sus actividades”.¹⁰³ Una forma en que las empresas podrían comenzar a incorporar y poner en práctica estas normas es adoptando códigos de conducta por los que se obliguen a respetar los instrumentos internacionales pertinentes”, y esos son el Convenio 169 y la Declaración de la ONU.

Anaya indica que el derecho de consulta previa es uno de los componentes más sobresalientes de los derechos indígenas que conlleva responsabilidades especiales para actores privados.¹⁰⁴ La obligación del Estado de garantizar la consulta efectiva tiene dos implicaciones para las empresas cuyas actividades afectan a las comunidades indígenas. En primer lugar, no deben ratificar o contribuir al fracaso del Estado en la ejecución adecuada de la consulta.¹⁰⁵ El Representante Espe-

principio es la responsabilidad compartida de los Estados y las empresas de garantizar el acceso a recursos eficaces para las víctimas de violaciones de derechos. *Id.*, párr. 27-50, 82-103.

101 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.LN/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 56.

102 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie, A/HRC/17/31, Anexo, Principio 12, 21 de marzo de 2011.

103 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 46.

104 Otras cuestiones que el Relator Especial ha identificado como cruciales incluyen “el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y de sus estructuras de organización políticas y sociales propias; la tenencia y usos indígenas de la tierra, territorios y recursos naturales (...) estudios de impacto y medidas de mitigación; y la participación indígena en los beneficios”.

105 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre*

cial Ruggie, por su parte, aclara que la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos requiere que los actores privados “[e]viten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos”.¹⁰⁶ Una consulta inadecuada infringe los derechos humanos de los pueblos indígenas, y la responsabilidad empresarial de respetar obliga a las empresas privadas a abstenerse de contribuir a la ratificación de malversación del Estado. En consecuencia, como observa Anaya, las empresas “no deberían proceder a la aceptación de ninguna concesión y a la realización de ningún proyecto en caso de que el Estado no haya llevado consultas previas y adecuadas con las comunidades indígenas afectadas”.¹⁰⁷ Este aspecto podría ser considerado una consecuencia negativa de la obligación del Estado de consultar, en el sentido de que obliga a las empresas a *no llevar a cabo acciones* que permitan o fomenten la violación de los derechos indígenas.

En segundo lugar, las empresas privadas tienen la responsabilidad de contar con mecanismos de participación que permitan mantener diálogos con los pueblos indígenas, de modo que estos puedan influir en las decisiones sobre los proyectos de desarrollo que les afectan.¹⁰⁸ Esta es una responsabilidad positiva en tanto promueve que las empresas sean *proactivas* en los procesos de consulta.¹⁰⁹ Sin embargo, también deben reconocer que sus espacios de diálogo con los pueblos indígenas no eximen al Estado de su obligación de garantizar la consulta efectiva.¹¹⁰ El Relator Especial hace hincapié en que “las empre-

sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.LN/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 57. El Relator sostiene que las empresas deberían internalizar la idea de evitar actos que “contribuyan a ninguna actuación u omisión del Estado que pudiera infringir los derechos humanos de las comunidades afectadas ni acepten dicha actuación u omisión, como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto”.

106 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie, A/HRC/17/31, Anexo, Principio 13.a, 21 de marzo de 2011.

107 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 65. Ver también Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie, A/HRC/17/31, Anexo, Principio 19, 21 de marzo de 2011: “Una empresa que provoque o pueda provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos debe tomar las medidas necesarias para ponerles fin o prevenirlas”.

108 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 67.

109 Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie, A/HRC/17/31, Anexo, Principio 18, 21 de marzo de 2011: “Para evaluar el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos de forma precisa, las empresas deben tratar de comprender las preocupaciones de las partes interesadas potencialmente afectadas consultándolas directamente y teniendo en cuenta la cuestión del idioma y otros factores que puedan dificultar una comunicación efectiva”.

110 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recur-*

sas no deben realizar consultas que aspiren a suplantar, o de hecho, suplanten, el deber que corresponde a los Estados de consultar a los pueblos indígenas en relación con las actividades que les afecten”.¹¹¹ Las empresas, por lo tanto, deben considerar la primacía del deber estatal de asegurar una consulta efectiva cuando diseñen e inicien los procedimientos de consulta correspondientes.

El Relator Especial de la ONU describe el imperativo de que las empresas privadas creen espacios de diálogo y mecanismos de participación, y el carácter que deben tener:

La consulta a los pueblos indígenas por parte de las empresas debe ser plenamente asumida como parte de su deber de respetar los derechos humanos. Ello implica necesariamente un cambio de perspectiva que debe superar enfoques tradicionales de participación local con miras a conseguir una licencia social para operar. En este sentido, el Relator Especial desea enfatizar la necesidad de que las empresas realicen todos los esfuerzos para acometer consultas responsables, transparentes y efectivas, y que respondan realmente al objetivo de alcanzar acuerdos o el consenso de los pueblos indígenas, en consonancia con los instrumentos internacionales. Para llevar a cabo dichas consultas, las empresas deberían tratar de incorporar los criterios mínimos sentados por estos instrumentos, particularmente ante la ausencia de una reglamentación específica, o una reglamentación limitada, en la legislación interna (párr. 79).

El surgimiento de la consulta como parte de las buenas prácticas empresariales se refleja en la tendencia que se observa en las instituciones financieras multilaterales, que exigen a las empresas prestatarias llevar a cabo procesos participativos similares a la consulta, o más aun, requieren la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas potencialmente afectados con los proyectos. Por ejemplo, en enero de 2012 la Corporación Financiera Internacional requirió que los posibles prestatarios obtuvieran el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas afectadas con los proyectos,¹¹² de modo similar a lo que hace el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo.¹¹³ Por su parte, el Banco Interamericano

sos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 57.

111 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 65.

112 International Finance Corporation, *Performance Standard 7*, 2012, párr. 14, www.ifc.org.

113 European Bank for Reconstruction and Development, *Environmental and Social Policy*, 2008, p. 50, www.ebrd.com.

de Desarrollo condiciona sus créditos a la obtención del consentimiento de aquellos pueblos que deben reubicarse producto de algún proyecto de desarrollo,¹¹⁴ y requiere de procesos similares a la consulta en otras circunstancias.¹¹⁵ Los proyectos financiados por el Banco Mundial deben someterse a procesos de consentimiento previo, libre e informado con todas las comunidades potencialmente afectadas.¹¹⁶

Los instrumentos internacionales que debieran orientar las consultas corporativas con los pueblos indígenas derivan de fuentes de derecho internacional tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal de la ONU y la jurisprudencia que emana del sistema interamericano de derechos humanos.¹¹⁷ Como anota el Relator Especial, “si pretenden actuar en un marco de diligencia debida, las empresas deberían asegurar que las consultas que lleven a cabo tomen en cuenta los criterios fijados por las normas internacionales” (párr. 89). Las reglas pertinentes son las mismas que regulan los procesos de consulta que deben llevar adelante los Estados. En consecuencia, la validez de las consultas llevadas a cabo por las empresas privadas debe ser sometida a evaluación utilizando los mismos criterios que se aplican para valorar las consultas realizadas por el Estado, y que serán descritos en las secciones siguientes.

4.3.3. Las consultas deben ser específicas para los pueblos indígenas y considerar sus instituciones representativas

Las consultas deben ser procedimientos diferenciados, diseñados específicamente para asegurar el disfrute de los derechos de los pueblos interesados. Como tales, sus procedimientos deben distinguirse de otros procesos que facilitan la participación de la población en general. Hay por lo menos dos razones para exigir esta diferenciación. En primer lugar, las características particulares de las culturas indígenas articulan una determinada forma de vida, que adquiere relevancia en su relación con el territorio y los recursos naturales; son precisamente esos elementos los que dan forma al contenido de los derechos específicos de los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, instauran una

114 BID, *Involuntary Resettlement: Operational Policy and Background Paper*, 1998, p. 2, www.iadb.org.

115 BID, *Operational Policy on Indigenous Peoples*, 2006, párr. 4.4(a)-(b), www.iadb.org.

116 Banco Mundial, *Operational Policy 4.10, Pueblos Indígenas*, 2005, párr. 1 y 10, www.worldbank.org.

117 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 47: “... el deber de diligencia debida no se limita al respeto al marco regulatorio interno de los Estados en los que operan, en muchos casos insuficiente, y debe guiarse por los estándares internacionales que vinculan a dichos Estados y a la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, las empresas que aspiren a operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas deberían enmarcar sus actividades en los derechos reconocidos por las normas internacionales relevantes, incluyendo la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT, incluso si operan en países que no han aceptado formalmente o ratificado dichas normas”.

distinción con los otros ciudadanos de un país. En segundo lugar, los patrones históricos de discriminación han generado una marginación política, social y económica de los pueblos indígenas. Es así como las instituciones democráticas nacionales a menudo no logran alcanzar niveles legítimos de representación de los intereses de las comunidades indígenas. El Relator Especial de la ONU explica la razón para exigir la diferenciación:

En general las decisiones del Estado deben adoptarse mediante un proceso democrático en que los intereses del público estén debidamente representados. Los procedimientos para notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de las decisiones del Estado. No obstante, cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, *se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas*, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.¹¹⁸

Además de ser un derecho en sí mismo, la consulta previa, libre e informada es un mecanismo procesal tendiente a corregir los patrones históricos de exclusión en la toma de decisiones y permitir a los pueblos indígenas desarrollarse colectivamente en los territorios con los cuales mantienen un vínculo cultural (párr. 41).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce que los problemas derivados de la falta de mecanismos de consulta diferenciados a menudo se producen durante la aplicación de la ley general del medio ambiente. Ha dicho que el marco nacional de la legislación

118 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 42.

ambiental en los Estados miembros de la OEA con frecuencia contiene los requisitos de participación pública en relación con los proyectos de inversión y desarrollo, pero que estos mecanismos generales suelen ser “insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses”.¹¹⁹

Los estándares internacionales requieren que las consultas se lleven a cabo con instituciones legítimas y representativas de las comunidades afectadas. El artículo 6.1.a del Convenio 169 explícitamente exige que la consulta a los pueblos indígenas se realice “en particular a través de sus instituciones representativas”. La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas igualmente afirma que los participantes apropiados en el proceso de consulta son las instituciones representativas de las comunidades indígenas pertinentes (arts. 19 y 30,2). La OIT por cierto declara que el principio de la representatividad es un requisito vital para la consulta¹²⁰ y constituye un derecho de los pueblos indígenas.¹²¹

Los pueblos indígenas deben ser los que determinen cuáles instituciones y autoridades consideran “representativas” para los fines de consulta. La Corte Interamericana sostuvo categóricamente en el caso *Saramaka* que “es el pueblo saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal” (párr. 18), que las comunidades tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes y el Estado tiene la obligación de respetar esta elección (párr. 19).¹²² En consecuencia, determinar cuáles son las instituciones representativas es una obligación que pesa sobre el Estado,¹²³ pero la autoridad sobre

119 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 299.

120 OIT, *Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual*, 1 de diciembre de 2003, p. 16, www.es.pro169.org. Ver también CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)*, GB.282/14/2, 2001, párr. 44.

121 En una recomendación a Argentina, en el año 2010, la CEACR señaló que el criterio de representatividad es “entendido como el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas de participar en estos mecanismos a través de las instituciones representativas surgidas de su propio proceso”. Ver OIT, *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010*, 2010, p. 28, www.ilo.org.

122 Ver también Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009: “... los Estados deben hacer todo lo posible para que los pueblos indígenas puedan organizarse y determinar libremente sus representantes para las deliberaciones de consulta”.

123 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 12 agosto de 2008, Serie C 145, párr. 18, 19 y 22.

la toma de decisiones para elegir las instituciones representativas pertenece a las propias comunidades, las que informan al Estado de su decisión. El Estado, a su vez, podrá crear mecanismos de identificación de autoridades representativas, siempre y cuando los diseñe de manera participativa y cuenten con el respaldo de los pueblos indígenas. La legitimidad de los representantes deriva de la autoridad concedida por la comunidad, no de un reconocimiento oficial del Estado.

El proceso por el cual las comunidades indígenas eligen a sus representantes es un asunto interno que debe estar libre de la imposición gubernamental. El Convenio 169 no establece una regla universal para la selección, ni confiere el poder para hacerlo al Estado. Por el contrario, requiere un enfoque flexible y por lo tanto respeta la autonomía de los pueblos indígenas cuando “asum[en] el control de sus propias instituciones”, como señala el Preámbulo del Convenio. Una Comisión Tripartita de la OIT declaró que “el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”.¹²⁴ La Comisión de Expertos, que vincula la importancia de los representantes internos y legítimos con el principio de participación, señala que esta “se efectuará a través de las propias instituciones tradicionales u organismos representativos de los pueblos interesados, y no mediante estructuras impuestas desde fuera de la comunidad, salvo que esta las acepte”.¹²⁵ Así, el Estado debe permitir a los pueblos indígenas elegir sus instituciones representativas libremente a través de sus propios procesos internos, cualesquiera que estos sean.

Por otra parte, el derecho internacional enfatiza el derecho de los pueblos indígenas a elegir sus instituciones representativas conforme a sus costumbres y tradiciones. Se trata de una aplicación específica de la regla según la cual los Estados deben respetar el proceso interno mediante el cual los pueblos indígenas designan a sus instituciones representativas, para lo que se requiere de una protección especial para las comunidades indígenas que han conservado un proceso tradicional de tomar decisiones. Este principio también es una expresión de la regla de la adecuación cultural en la que el proceso de consulta debe respetar la cultura indígena para cumplir las normas mínimas de lo “apropiado”.¹²⁶ En el caso *Saramaka*, la Corte IDH sostuvo que el Esta-

124 CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM), el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR) y el Frente Auténtico del Trabajo (FAT)*, GB.289/17/3, marzo de 2004, párr. 102.

125 OIT, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual*, 1 de diciembre de 2003, p. 19, www.es.pro169.org.

126 Ver CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recur-*

do tiene el deber de consultar a los pueblos indígenas afectados “según sus costumbres y tradiciones”, tomando en cuenta sus “métodos tradicionales para la toma de decisiones”.¹²⁷ Es importante subrayar que la necesidad de respetar los procesos de decisión tradicionales es una garantía procesal, y que los representantes seleccionados a través de procesos internos legítimos deben ser respetados por el Estado, sean líderes “tradicionales” o de otro tipo. Una comunidad particular puede elegir a un líder tradicional como representante para participar en las consultas, y otra puede elegir a un líder que no pertenece a las jerarquías de poder tradicional. En algunos casos los delegados son los líderes espirituales, en otros se trata de funciones diferenciadas. El poder de decidir sobre el método de elección de los representantes reside en los propios pueblos indígenas.

Son varios los factores que pueden poner en duda la representatividad legítima de una organización o institución involucrada en la consulta. Algunos son las campañas de desprestigio contra las comunidades o contra sus líderes legítimos y la falta de procedimientos que garanticen una elección sin injerencias. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Ecuador determinó la invalidez de una consulta por haberse ignorado la organización política de los pueblos indígenas y, en su lugar, haberse dirigido a organizaciones e integrantes comunitarios no autorizados para ser representantes.¹²⁸

4.4. RESULTADOS DE LAS OBSERVACIONES SOBRE LOS PARTICIPANTES DE LA CONSULTA PREVIA

Las investigaciones del Consorcio revelaron varias deficiencias con respecto a los participantes en los procesos de socialización llevados a cabo para las pisciculturas. En la siguiente sección se detallan tres tipos. Pri-

mos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 306.

127 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 129, 133, 134.

128 Tribunal Constitucional del Ecuador, caso n° 994-99-RA, 16 de marzo de 2000 (“las acciones discriminatorias y unilaterales de la parte accionada provocan disensos entre grupos de la misma comunidad, dando lugar a enfrentamientos entre quienes aceptan los criterios de la recurrida y aquellos [que] o no han sido consultados o discrepan con el pensamiento de la accionada, lo cual provoca una división en el seno de la agrupación, y estos enfrentamientos –a decir del accionante– conducen al fraccionamiento social, con escisiones internas, lo cual puede provocar un aculturamiento perjudicial y pernicioso en contra de la comunidad”). En una sentencia posterior la Comisión de Expertos de la OIT estuvo de acuerdo con este razonamiento en que “si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”. Ver CEACR, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)*, GB. 282/14/2, 14 de noviembre de 2001, párr. 44.

mero, la deficiencia del gobierno chileno para definir adecuadamente los papeles de varios actores en el proceso de la consulta, lo que ha causado incertidumbre entre los promotores privados y las comunidades indígenas. Esta confusión ha resultado en una supervisión gubernamental insuficiente de las actividades de consulta llevadas a cabo por empresas privadas. Segundo, el gobierno no ha logrado garantizar la legitimidad de todas las instituciones indígenas que ha consultado. Finalmente, tanto el gobierno como las empresas privadas han violado el principio de representatividad a través de sus interacciones con las comunidades con respecto a la instalación de pisciculturas. Estas violaciones incluyen, entre otros aspectos, la imposición gubernamental de estructuras de liderazgo paralelas dentro de las comunidades indígenas, la falta de colaboración con instituciones consideradas legítimas por los pueblos indígenas, y el menoscabo de la autoridad de representantes indígenas legítimos. Se analizará cada uno de estos problemas en forma separada.

Cuando el Convenio 169 entró en vigor, el 15 de septiembre de 2009, se produjo una confusión generalizada sobre qué actores tenían la obligación de dar cumplimiento al derecho a la consulta. A principios de 2008, el Tribunal Constitucional había declarado que las disposiciones del Convenio 169 pertenecientes a la consulta y la participación eran de aplicación inmediata. Sin embargo, entre la ratificación y la entrada en vigor del Convenio el gobierno no definió el carácter de las consultas ni creó los mecanismos de identificación de los participantes. No fue sino el 25 de septiembre de 2009, diez días después de que el Convenio entrara en vigor, que abordó las incertidumbres sobre la consulta previa, y promulgó el Decreto 124. De esta forma, el error del gobierno chileno de integrar las normas de la consulta con las leyes sectoriales resultó en que los organismos y cortes chilenas aplicaran el Convenio incorrectamente o faltaran de aplicarlo completamente. Determinaciones contradictorias y *ad hoc* de las autoridades gubernamentales dieron fuerza a la incertidumbre entre los promotores privados y las comunidades indígenas con respecto a la cuestión de quién era responsable de llevar a cabo las consultas y en qué circunstancias debía hacerlo. En el contexto de los proyectos de piscicultura, esta confusión dio paso a una supervisión gubernamental inadecuada de las consultas iniciadas por las compañías y a una comunicación deficiente entre los titulares de los proyectos, el gobierno y las comunidades indígenas afectadas.

El proceso de socialización de la piscicultura Palguín es un buen ejemplo de esta confusión. Este proyecto entró al Sistema de Evaluación Ambiental en 2007,¹²⁹ pero la DIA fue tan deficiente que el titular

129 Ver Sea.gob.cl, "Piscicultura Palguín", Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 7 de diciembre de 2007.

no sometió sus respuestas a los cuestionamientos planteados sino en mayo de 2009, ocho meses después de la ratificación del Convenio 169. Álvaro Sepúlveda, director del proyecto para la piscicultura Palguín, dijo que inicialmente no sabía que la compañía tenía que contactar a las comunidades indígenas directamente.¹³⁰ Hasta que la CONAMA hizo público su “Informe consolidado de solicitud de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la DIA,” nadie le había informado de la existencia de varios requisitos referidos a la presencia de las comunidades indígenas cercanas.¹³¹ En acuerdo con el artículo 11(c) de la Ley 19.300 y el artículo 8 del D.S. N 95/2001, la CONAMA le pidió al titular que comisionara un informe antropológico para investigar el posible impacto de la piscicultura en las vidas y herencia cultural de las comunidades indígenas cercanas.¹³² Además, de acuerdo con el artículo 34 de la ley indígena, la CONAMA solicitó “al titular sociabilizar el proyecto con las comunidades, a objeto que estas estén en conocimiento y puedan expresar sus inquietudes, acción que deberá contar con la participación de la Municipalidad, CONADI y CONAMA”.¹³³ La CONAMA interpretó el ordenamiento jurídico interno adjudicando la responsabilidad primaria de la “socialización” en el promotor privado, con lo que relegó a las autoridades gubernamentales al papel de mero supervisor.

En respuesta, el titular señaló que la ley indígena no se aplicaba a sus actividades y que por ello “no estaría obligado a consultar a las comunidades indígenas”.¹³⁴ Esta respuesta, que fue presentada al SEIA en mayo de 2009, demostró cuánta incertidumbre había sobre la consulta requerida por el gobierno chileno durante el período intermedio entre la ratificación y la entrada en vigor del Convenio 169. No obstante, el titular accedió a ponerse en contacto con las comunidades voluntariamente.¹³⁵ El gobierno, sin embargo, no realizó el proceso en la forma adecuada. A pesar de que la CONAMA exigió que las autoridades gubernamentales participaran en las reuniones de socialización, las dos que se realizaron en mayo de 2009 solo contaron con la presencia de una representante de la municipalidad. No asistió ni la CONADI ni la CONAMA.¹³⁶ Sin la participación ni supervisión efectiva del gobierno en las reuniones de socialización, al titular le bastó su contacto inicial con los miembros de las comunidades de Palguín Bajo y Llafenco, y

130 Entrevista personal, 18 de enero de 2011.

131 Ver Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Informe consolidado de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la DIA (ICSARA), 29 de enero de 2008. En particular punto IV.2, 3.

132 Íd., en particular punto IV.2.

133 Íd., en particular punto IV.3.

134 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo, Adenda 1, Informe consolidado, 22 de mayo de 2009.

135 Íd.

136 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo 16, 22 de mayo de 2009, p. 13.

no hubo necesidad ni menos obligación de revelar información importante sobre el proyecto, con lo que la autoridad de los representantes indígenas que se opusieron a su realización quedó en cuestión.¹³⁷

La Municipalidad de Pucón y la CONAMA solicitaron que la compañía hiciera un par de reuniones de socialización con los organismos gubernamentales.¹³⁸ Finalmente, estas se realizaron el 15 de julio de 2009, con la participación de la CONADI, la CONAMA y la Municipalidad de Pucón.¹³⁹ Al momento de la entrevista con el señor Sepúlveda, en enero de 2011, todavía desconocía qué obligaciones le correspondían a su empresa y cuáles al gobierno. La poca claridad sobre las responsabilidades corporativas en el proceso de consulta requeridas por el Convenio 169 es uno de los temas más preocupantes que afectan a las comunidades de la Región de la Araucanía.

El contacto imprevisible con los representantes de las compañías y los oficiales gubernamentales generó una confusión similar al interior de la comunidad indígena. Miembros de la comunidad que se entrevistaron con los investigadores del Consorcio expresaron su incertidumbre sobre en cuál institución recaía la obligación de consultarles y con cuál se debían comunicar. Manuel del Carmen Rivera Huilipan, presidente de la comunidad Llafenco, explicó que tenía la impresión de que era el titular, y no el Estado, quien estaba obligado a realizar la consulta. Héctor Paillalef, presidente de la comunidad Palguín Bajo, dijo que no estaba claro si la comunidad debía manifestar sus quejas al gobierno o al titular.¹⁴⁰ Alejandro Puelma Epulef planteó a los investigadores que había contactado al titular personalmente por una disputa acerca de la fecha de inicio de la próxima etapa del proyecto. El fracaso del Estado en lo relativo a definir adecuadamente los mecanismos de la consulta y los roles que deben jugar las partes interesadas en este proceso ha afianzado la sensación de incertidumbre y entorpecido los canales de comunicación.

Los investigadores del Consorcio observaron también que los procesos de socialización más recientes reflejan una mejor coordinación. Por ejemplo, en Putúe representantes de la CONAMA contactaron al presidente de la comunidad indígena Pedro Ancalef, Juan Curimil, para convocar una reunión informativa sobre la piscicultura Los Ríos.¹⁴¹ Representantes de la CONAMA, la CONADI y la Municipalidad de Villarrica asistieron a la reunión junto con el titular del proyecto.¹⁴² Curimil abrió la reunión explicando la causa que los

137 Ver sección 4.4.3, "Conductas empresariales que violan el principio de representatividad".

138 Sea.gob.cl, "Piscicultura Palguín", Evaluación Ambiental, Informe consolidado de solicitud de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la Adenda (ICSARA), 17 de junio de 2009.

139 Sea.gob.cl, "Piscicultura Palguín", Evaluación Ambiental, Adenda, 2 de septiembre de 2009.

140 Entrevista personal, 14 de enero de 2011.

141 Entrevista personal, 16 de enero de 2011.

142 Ver sea.gob.cl, "Piscicultura Los Ríos", Evaluación Ambiental, Documento de prueba para SyF y DIA, 23 de noviembre de 2010.

convocaba. Los representantes de la CONAMA explicaron el papel de las reuniones de socialización en el proceso de la Evaluación de Impacto Ambiental, y luego el titular hizo una presentación. El titular sorteó preguntas sobre la piscicultura, mientras que los representantes del gobierno quedaron disponibles para tratar temas relacionados con el proceso de evaluación. Tanto la Municipalidad de Villarrica como los representantes de la CONAMA se comprometieron a dar seguimiento a varias de las preocupaciones argumentadas por los participantes, incluyendo la necesidad de monitorear el avance del proyecto en conjunto con los miembros de la comunidad. Aunque el proyecto adoleció de defectos considerables, el papel del Estado en tanto organizador principal y facilitador indica un avance. En términos generales, un proceso de consulta que incluye la participación de todos los interesados, bajo la coordinación y supervisión cuidadosa del gobierno, permite generar las condiciones favorables para el cumplimiento de los estándares internacionales.

De todas formas, el modo como interactúan el gobierno y las empresas privadas con los pueblos indígenas demuestra que la representación de estos últimos es problemática, aunque sea en pequeña escala. La siguiente sección procede en cinco partes, en donde se indican las deficiencias de las prácticas gubernamentales y las empresariales. Primero se describe cómo la ley indígena impone el requisito de que las comunidades opten por una estructura de liderazgo que en general no se adecua a sus procesos de toma de decisión tradicionales, no obstante lo cual muchas comunidades adoptan este requisito con el fin de optar a los beneficios que acompañan el reconocimiento oficial, lo que divide el trabajo entre aquel que realizan los líderes tradicionales, por un lado, y el de los dirigentes reconocidos oficialmente, por el otro. En segundo lugar, la investigación revela que los actores gubernamentales y corporativos se han aprovechado de esta división para incitar al conflicto entre las comunidades. En tercer lugar, los investigadores del Consorcio observaron que las empresas privadas han violado el principio de representatividad al menoscabar la autoridad de los líderes indígenas legítimos, ya que con ello ignoran los procesos de toma de decisiones internos de las comunidades. En cuarto lugar, varias de las reuniones de socialización convocadas por los titulares no se dirigían específicamente a los pueblos indígenas, es decir, no se da cumplimiento al requisito de implementación de los mecanismos de consulta como procedimientos diferenciados. Y, finalmente, en Putúe y Cónquil, representantes de la compañía y oficiales del gobierno fallaron en garantizar la participación efectiva de los representantes indígenas de todas las comunidades afectadas.

4.4.1. Las posiciones de liderazgo en las comunidades mapuche

Existen formas de organización y liderazgo traslapadas dentro y a través de los territorios mapuche. En parte, el fenómeno refleja el hecho de que los mapuche son, simultáneamente, ciudadanos chilenos y miembros de los pueblos indígenas. En su calidad de ciudadanos, suelen participar a través de la representación en instituciones locales abiertas a todos los habitantes de una zona administrativa, como las juntas de vecinos. Sin embargo, en tanto miembros de su comunidad, tienen sus propias instituciones que desempeñan funciones representativas relacionadas con cuestiones específicamente indígenas. Estas se clasifican generalmente como a) estructuras de liderazgo tradicionales, y b) dirigentes de las comunidades indígenas reconocidas por el Estado. Aunque algunas comunidades se incomodan con la imposición de una estructura de liderazgo externa, muchas se han adaptado a la imposición y sienten que los dirigentes son representantes legítimos de las comunidades para la consulta.

Muchos de los mapuche que se entrevistaron con los investigadores del Consorcio participan en instituciones locales, al margen de su condición particular de indígenas. La junta de vecinos, por ejemplo, se relaciona con la municipalidad y está abierta a cualquier miembro del distrito administrativo. Se puede nombrar también al Comité de Pequeños Agricultores, que está en diálogo permanente con el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP), que es una institución gubernamental. Por otra parte, algunas estructuras representativas buscan defender los intereses de la comunidad en temas específicos. Dichas estructuras pueden requerir una relación constante con varias agencias gubernamentales que, igualmente, intentan alcanzar sus propios objetivos en los asuntos que los convocan. Un ejemplo de este tipo de estructura es el Comité de Agua Potable, institución que tiene como responsabilidad atender el interés de las comunidades de acceder a este recurso natural. En pos de cumplir este mandato, el Comité puede relacionarse con el Ministerio de Salud, de Obras Públicas o de Bienes Nacionales. Cuando los pueblos indígenas forman parte de estos comités o están representados por ellos, actúan en su condición de ciudadanos chilenos.

Dos estructuras de liderazgo son específicas de las comunidades indígenas. La primera está constituida por los “líderes tradicionales”, generalmente lonkos, werkenes u otros roles similares, que existen hace siglos en la tradición mapuche.¹⁴³ En las comunidades visitadas para esta investigación los líderes tradicionales cumplen una función ceremonial importante, por ejemplo celebrar rituales como el guillatún. En general, estas posiciones de liderazgo se alcanzan por herencia

143 Entrevista personal con dirigentes indígenas de Villarrica, 12 de enero de 2011, y con Héctor Paillalef, 13 de enero de 2011.

familiar. Sin embargo, los investigadores del Consorcio observaron que estas estructuras de liderazgo tradicionales varían. Héctor Paillalef comentó que Palguín Bajo no ha tenido un lonko por décadas y que los tres líderes tradicionales principales están a cargo de los aspectos religiosos y ceremoniales de la vida en la comunidad.¹⁴⁴

El segundo tipo de institución representativa es la junta de líderes de la comunidad indígena, forma organizacional adquirida por los pueblos indígenas y reconocida por el artículo 10 de la ley que les compete. Para que una comunidad adquiera reconocimiento legal, un grupo de pueblos indígenas debe elegir una directiva y presentar la documentación pertinente para su incorporación a la CONADI.¹⁴⁵ El Decreto 392, que regula el artículo 10 de la ley indígena, reitera que los documentos de incorporación deben incluir los nombres y cargos de los miembros elegidos para la directiva.¹⁴⁶ Los líderes reconocidos por la ley indígena suelen llamarse “dirigentes”. Si bien en el artículo 9 de la citada ley se menciona que las comunidades deben incorporar el “reconocimiento del liderazgo tradicional”, la ley requiere que todas las comunidades registradas elijan una estructura de liderazgo paralela (la “directiva”), que puede ser distinta del liderazgo tradicional que la misma ley dice reconocer.

La obligación de erigir liderazgos alternativos ha generado resentimiento al interior de algunas comunidades indígenas. La estructura de liderazgo impuesta contribuye a la percepción de que el gobierno chileno subordina la cultura tradicional al aparato del Estado, sobre todo por el hecho de que la CONADI se reserva el derecho de rechazar

144 Paillalef describió las funciones de los tres líderes en el *nguillatun*: uno es el responsable principal de los aspectos religiosos de la ceremonia, el segundo está a cargo de dirigir a los participantes, y el tercero toca el tambor ceremonial (*kultrun*).

145 Ley 19.253, artículo 10: “La constitución de las Comunidades Indígenas será acordada en asamblea que se celebrará con la presencia del correspondiente notario, oficial del Registro Civil o Secretario Municipal.

En la Asamblea se aprobarán los estatutos de la organización y se elegirá su directiva. De los acuerdos referidos se levantará un acta, en la que se incluirá la nómina e individualización de los miembros de la Comunidad, mayores de edad, que concurrieron a la Asamblea constitutiva, y de los integrantes de sus respectivos grupos familiares. La Comunidad se entenderá constituida si concurre, a lo menos, un tercio de los indígenas mayores de edad con derecho a afiliarse a ella. Para el solo efecto de establecer el cumplimiento del quórum mínimo de constitución, y sin que ello implique afiliación obligatoria, se individualizará en el acta constitutiva a todos los indígenas que se encuentren en dicha situación. Con todo, se requerirá un mínimo de diez miembros mayores de edad.

Una copia autorizada del acta de constitución deberá ser depositada en la respectiva Subdirección Nacional, Dirección Regional u Oficina de Asuntos Indígenas de la Corporación, dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de la Asamblea, debiendo el Subdirector Nacional, Director Regional o Jefe de la Oficina, proceder a inscribirla en el Registro de Comunidades Indígenas, informando a su vez, a la Municipalidad respectiva.

La Comunidad Indígena gozará de personalidad jurídica por el solo hecho de realizar el depósito del acta constitutiva. Cualquier persona que tenga interés en ello podrá solicitar a la Corporación el otorgamiento de un certificado en el que conste esta circunstancia”.

146 Decreto 392, “Reglamento que regula la acreditación de calidad de indígena; para la constitución de comunidades indígenas y para la protección del patrimonio histórico de las culturas indígenas”, 24 de noviembre de 1993. *Diario Oficial*, 12 de abril de 1994.

la incorporación de aquellas comunidades recién constituidas que no cumplan con las estipulaciones de la ley indígena.¹⁴⁷ Cuando se presentó ante los investigadores del Consorcio, Álex Cuñán, de la comunidad mapuche Rufino Cayulef, destacó la fuerza coercitiva que la ley indígena ejerce sobre las estructuras representativas de las comunidades:

De acuerdo a la legislación de Chile, la ley indígena, nosotros tuvimos que tomar otra figura jurídica donde se legitima no a la autoridad tradicional, sino a otra persona que lleve el mando, como ellos lo denominan, “presidente de la comunidad”. Desde el año 2001 vimos esa instancia y tuvimos que vernos obligados a tomar esa figura legal para ser representativos ante la institucionalidad del Estado de Chile. Desde ahí yo soy presidente de la comunidad, porque hay un instrumento que obliga a que lo tomemos.¹⁴⁸

La aplicación de la ley indígena en este aspecto en particular perpetúa el clima de desconfianza. A pesar de ello, como ya se dijo, muchas comunidades indígenas se han adaptado a la estructura impuesta por el Estado chileno. Algunos líderes mapuches, en conjunto con otros miembros de la comunidad en Villarrica y Pucón, explicaron a los investigadores que los dirigentes han asumido el papel de representantes principales de los intereses de la comunidad.¹⁴⁹ Miembros individuales pueden ocupar posiciones de liderazgo en otras estructuras organizacionales; por ejemplo, en Llafenco, Sonia Nanco es miembro de la comunidad indígena y también presidenta de la junta de vecinos. Sin embargo, cuando la población indígena de una determinada zona se reúne para tratar cuestiones que les afectan más directamente en su condición de indígenas, los dirigentes asumen responsabilidades especiales acordes al objetivo de salvaguardar los intereses de su comunidad y de sus miembros. Estas responsabilidades incluyen convocar reuniones comunitarias, convertirse en el contacto con los oficiales gubernamentales, proveer liderazgo y consejo durante tiempos de conflicto o controversia, y facilitar el consenso durante la toma de decisiones.

En las comunidades visitadas por los investigadores del Consorcio, las diferencias entre los líderes tradicionales y los dirigentes reflejan tendencias generales y generacionales. Aunque en Chile los pueblos indígenas siguen exhibiendo altos niveles de pobreza y exclusión social, incluso desproporcionadamente más altos que los de los chilenos no indígenas,

147 Decreto 392, artículo 11.

148 Entrevista personal con comunidades indígenas en Cónquil, 26 de septiembre de 2010.

149 Entrevistas con Héctor Paillalef, Irma Epulef, Jorge Tropán y otros.

las oportunidades económicas y educativas han aumentado para las recientes generaciones.¹⁵⁰ Este fenómeno está relacionado con el número creciente de jóvenes mapuche con algún nivel de capacitación educativa, técnica o profesional.¹⁵¹ Los miembros de la generación más joven suelen ser escogidos como dirigentes, mientras que las posiciones hereditarias de liderazgo tradicional quedan en manos de aquellos que no tuvieron acceso a las mismas oportunidades educativas y económicas.¹⁵² Estos líderes tradicionales se ven perjudicados en comparación con los actores estatales y corporativos, que tienen más educación y recursos, pero esta desigualdad es consecuencia directa de la marginación histórica a la que se han visto sometidos; aquella que se da entre las generaciones anteriores y las nuevas, en cambio, es un reflejo de las circunstancias cambiantes al interior de la sociedad mapuche. La división de responsabilidad entre los líderes tradicionales, quienes tienen a su cargo la esfera religiosa y ceremonial, y los dirigentes modernos, que son sus representantes políticos ante las entidades estatales, se debe entender en este contexto.

4.4.2. La explotación de la división de responsabilidades dentro de las comunidades

Los investigadores del Consorcio recabaron información preocupante sobre las formas como el gobierno y las empresas dividen a los líderes comunitarios, trastocando las dinámicas de poder e instigando desacuerdos entre los líderes tradicionales y los dirigentes. Específicamente, las entrevistas con algunos miembros de comunidades indígenas sugieren que los representantes del gobierno y las empresas se han aprovechado de la brecha generacional y de la división de responsabilidades mencionada. En Villarrica, algunos plantearon que los representantes del gobierno y una empresa que visitó su comunidad para discutir los proyectos se dirigieron a dialogar directamente con los líderes tradicionales, y no con los dirigentes. Estos representantes en ocasiones han logrado convencer a algunos de los líderes tradicionales de apoyar proyectos o políticas en nombre de la comunidad, sin que los dirigentes, que están más entrenados para lidiar con estas interacciones, pudieran participar. Debido al uso repetido de esta estrategia varios miembros de las comunidades indígenas en Villarrica creen que el gobierno y las empresas se dirigen intencionalmente a los líderes de mayor edad para tomar ventaja de su vulnerabilidad económica y educativa.

150 El gobierno del Presidente Piñera anunció la inversión de 19 mil millones de pesos para la Beca Indígena CONADI-JUNAEB. El monto permitirá otorgar 27.157 becas de enseñanza básica, el mismo número para educación media, y 15.444 para educación superior, además de 700 becas de residencia y 562 cupos para hogares indígenas. Ver www.conadi.gob.cl, "Gobierno invertirá cerca de 19 mil millones de pesos en la Beca Indígena Conadi-Junaeb", 21 de enero de 2013.

151 *Qué Pasa*, "Intelligentsia mapuche", 1 de octubre de 2010.

152 Entrevista personal con Milka Castro, 27 de septiembre de 2010, y con Jorge Tignado, 13 de enero de 2011.

Obviamente, esta práctica se traduce en graves daños sociales para las comunidades, pues crea división y enfrentamientos. A veces, a los líderes tradicionales se les acusa de usurpar el papel de los dirigentes,¹⁵³ con lo que se los expone a las críticas de otros miembros de la comunidad por “sobrepasar” sus atribuciones.¹⁵⁴

La discordia social que originan las tácticas divisorias es evidente en Palguín Bajo. Los representantes de la piscicultura lograron vencer a varios dirigentes de apoyar su proyecto, después de que otros líderes de la comunidad lo rechazaran. El conflicto entre los miembros de la comunidad continuó en aumento hasta que Mariano Puelman Ñanco, en su calidad de lonko de la comunidad, y Manuel del Carmen Rivera Huilipan presentaron un recurso de protección en la Corte de Apelaciones de Temuco para prohibir la aprobación de la DIA.¹⁵⁵ Sin embargo, varios dirigentes de esa comunidad rechazaron la representatividad de Mariano Puelman, afirmaron que a fines de 2009 la comunidad había elegido como lonko a Juan Llanquimán Antimilla, y plantearon que “toda nuestra comunidad se siente pasada a llevar por don Mariano Puelman”.¹⁵⁶ Como se señaló, Héctor Paillalef, el actual presidente de la comunidad, había comentado a los investigadores del Consorcio que antes del conflicto sobre la piscicultura Palguín Bajo había estado sin un lonko por décadas. La situación y la identidad del lonko de Palguín sigue siendo cuestionada, y el surgimiento de divisiones internas a raíz del proyecto de piscicultura indicaría que la estrategia divisoria se utiliza para generar disputas y alcanzar así más fácilmente la aprobación de los proyectos. Jorge Tropán, dirigente de la comunidad indígena Wechumilko, planteó a los investigadores que las tácticas divisorias de los representantes de la empresa “provocan un conflicto en las comunidades”.¹⁵⁷

Los resultados contrastantes del proceso de evaluación ambiental para las pisciculturas en Palguín y Cónquil sugieren que la presencia de divisiones dentro de la comunidad tiende a influir en las decisiones del gobierno, favoreciendo los intereses de los inversionistas. Como se describió, los representantes de la piscicultura Palguín utilizaron una táctica divisoria con los líderes de la comunidad en Palguín y Llafenco. En la Resolución de Calificación Ambiental, la CONAMA mencionó específicamente que “se recibieron y analizaron técnicamente las cartas

153 Íd.

154 Entrevista personal con Irma Epulef, 14 de enero de 2011.

155 Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol 1.705/2009, 21 de enero de 2010. “A fojas 57 comparecen don Mariano Puelman Ñanco, agricultor, Longko Lof Mapu Palguín Bajo, domiciliado en Comunidad Indígena Palguín Bajo, sector Palguín Bajo, comuna de Pucón...”.

156 Los investigadores del Consorcio tuvieron acceso a una carta de Alejandro Puelma Epulef, Silvia Rivera Lefiñanco y Lucio Antimilla Ñanco, dirigida a Álvaro Marifin Hernández (director nacional de CONADI), que data del 26 de enero 2010.

157 Entrevista personal con dirigentes indígenas de Villarrica, 12 de enero de 2011, y entrevista personal con Héctor Paillalef, 13 de enero de 2011.

de apoyo y rechazo al proyecto” antes de que se determinara si este alteraría el modo de vida de los pueblos indígenas afectados en el sentido aludido por el art. 11(c) de la Ley 19.300.¹⁵⁸ En efecto, en sus resoluciones la CONAMA hace suyas las afirmaciones vertidas en las cartas de apoyo a los proyectos enviadas por algunos de los miembros de la comunidad.¹⁵⁹ De esta forma, frente a comunidades fuertemente divididas, sin una postura común respecto de los proyectos de inversión, la CONAMA podría considerar más relevantes las declaraciones de apoyo realizadas solo por un segmento de una determinada comunidad para justificar su decisión final a favor del proyecto, dejando de lado así la posición opositora defendida por la otra parte de la comunidad.

Esta situación contrasta con el proceso de evaluación para la piscicultura Quilentue en Cónquil. A diferencia de Palguín Bajo y Llafenco, los líderes de varias comunidades potencialmente afectadas por la piscicultura Quilentue permanecieron unidos en su oposición al proyecto, y reiteraron su posición común en las reuniones de socialización realizadas el 17 y el 24 de julio de 2010.¹⁶⁰ Finalmente, la CONAMA se negó a admitir la DIA. En parte, la agencia estatal basó su decisión en el impacto potencial del proyecto en las comunidades que expresaron su oposición.¹⁶¹ Un ingeniero ambiental que regularmente asesora a proyectos de piscicultura en la región declaró a los investigadores del Consorcio su creencia de que el proyecto se rechazó debido a la resistencia organizada de los pueblos indígenas.¹⁶²

Los desarrolladores de proyectos están interesados en prevenir la oposición consolidada de los pueblos indígenas cercanos a los lugares donde se emplazarían, de modo de evitar las dificultades que su resistencia podría causar en el proceso de evaluación ambiental. Las divisiones al interior de las comunidades, como en el caso de Palguín, han generado conflictos entre sus miembros, creando condiciones más favorables para la aprobación de sus proyectos. La investigación del Consorcio sugiere que los promotores privados explotan las ambigüedades de las dinámicas de poder horizontales entre dirigentes y líderes tradicionales para generar conflictos intercomunales y allanar el camino para la aprobación regulatoria de sus proyectos.

158 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Resolución de Calificación Ambiental, 9 de septiembre de 2009.

159 Ver “Carta de apoyo a la piscicultura Palguín”, de Honorindo Lefiñanco Paillalef (presidente de la Comunidad Indígena Ruca Chucaco) y otros, a Edita Mansilla Barría (alcaldesa de Pucón), 14 de julio de 2009, que menciona que otras pisciculturas cercanas “no han causado perjuicio alguno sobre nuestra cultura, costumbres o formas de la vida”. Ver sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Adenda, Anexo H, 2 de septiembre de 2009.

160 Entrevista personal con comunidades indígenas en Cónquil, 26 de septiembre de 2010; ver también Sea.gob.cl, “Modificación y ampliación piscicultura Quilentue”, Anexo 14, Informe de Socialización.

161 Sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Resolución de término anticipado, 23 de septiembre de 2010.

162 Entrevista personal, 18 de enero de 2011. El profesional solicitó reserva absoluta.

4.4.3. Conductas empresariales que violan el principio de representatividad

Los investigadores del Consorcio documentaron algunas de las prácticas llevadas a cabo por agentes corporativos de las empresas inversionistas que, en efecto, menoscabaron la autoridad de los legítimos representantes indígenas. En este sentido, el caso de la piscicultura Palguín es especialmente preocupante. Luego de la oposición de varios de los líderes de Palguín Bajo y Llafenco al proyecto de piscicultura, los representantes de la compañía, en vez de utilizar el proceso de consulta como una instancia de diálogo y mediación con los representantes de la comunidad, intentaron desvirtuar su posición y se focalizaron en convencer a sus habitantes de forma más directa, es decir, individualmente. Algunos de los entrevistados, miembros de dicha comunidad, señalaron a los investigadores del Consorcio que los representantes de la compañía se habían acercado, casa por casa, solicitando apoyo para la piscicultura.¹⁶³ En un informe presentado por el titular de la empresa inversora ante la CONAMA, la compañía descartó explícitamente las preocupaciones expresadas por los dirigentes durante las reuniones de socialización que tuvieron lugar en mayo y enfatizó el apoyo de otras personas, que sin embargo no pertenecen a la estructura dirigente de la comunidad:

en estas reuniones, solo algunos dirigentes se mostraron reacios al proyecto, por el temor de la contaminación que este pudiera producir, *despreciando todo argumento* respecto a las actuales exigencias y a la fiscalización (...). Lo anterior contrasta con las opiniones informales recibidas de diferentes vecinos y varios miembros de la comunidad, quienes se han manifestado favorablemente y con interés en los beneficios de trabajo para las comunidades que traerá la construcción y operación del proyecto, a una zona de escasa actividad y fuentes de trabajo.¹⁶⁴

Las prácticas y actitud exhibidas por el titular son problemáticas por varias razones. Primero, porque busca activamente y enfatiza las opiniones de miembros individuales de las comunidades, con lo que ignora sus procesos internos de toma de decisiones. Como se discutirá más adelante, el mecanismo interno de toma de decisiones en Palguín

163 Entrevista personal con Sara Alarcón, 21 de septiembre de 2010; entrevista personal con hija de Mariano Puelman, 21 de septiembre de 2011; Entrevista con Marcial Puelma Huepuleu y Sonia Ñanco, 13 de enero de 2011; Entrevista personal con Jorge Tignado, 13 de enero de 2011; Entrevista personal, 14 de enero de 2011; Entrevista personal con Alejandro Puelma Epulef, 14 de enero de 2011

164 Sea.gob.cl, "Piscicultura Palguín", Evaluación Ambiental, Adenda 1, Informe Consolidado Piscicultura Palguín, 22 de mayo de 2009.

Bajo y Llafenco supone un proceso de diálogo caracterizado por una toma de decisiones colectiva, basada en el consenso. El mecanismo tradicional alienta la resolución de desacuerdos por medio de un proceso comunitario, controlado e interno, que crea las condiciones para la armonía y la cohesión social, y que refleja sus creencias en el valor de la comunidad y la colectividad. Pero en la interacción con representantes de la compañía se generan divisiones entre los comuneros, las que entran en tensión con los procesos tradicionales de toma de decisiones y el sistema de valores de las comunidades analizadas.

Segundo, es relevante la forma en que la compañía caracterizó la situación en el informe presentado ante la CONAMA, ya que en él se menciona expresamente que los dirigentes estaban “despreciando todo argumento”, sugiriendo que se trataba de personas obcecadas, irracionales e incapaces de dialogar utilizando la razón y la lógica, en contraste con la posición abierta y aparentemente dialogante ofrecida por los miembros individuales de la comunidad que apoyaron el proyecto. Tal descripción demuestra una evidente falta de respeto con los representantes elegidos por la comunidad, que apunta directamente a su deslegitimización social e implica un rechazo al principio de autodeterminación de los pueblos indígenas al amparo de un discurso falaz sobre la aparente incapacidad de razonar o entender la tecnología moderna de estos pueblos, actitud que obstaculiza el progreso y el desarrollo, y que el Convenio 169 y la consulta previa apuntan a rechazar.

4.4.4. La falta de procedimientos diferenciados

La aprobación regulatoria de los proyectos de pisciculturas ha fallado también en su tarea de cumplir con los estándares internacionales de la consulta, fundamentalmente debido a la falta de procedimientos diferenciados dirigidos *específicamente* a los pueblos indígenas. Las reuniones de socialización convocadas de acuerdo con el artículo 34 de la ley indígena suelen convocar indistintamente a los habitantes tanto indígenas como no indígenas que pudiesen verse afectados con los proyectos. En Cónquil y Putúe, los representantes de los proyectos de pisciculturas invitaron expresamente a los habitantes no indígenas del área afectada. Un ejemplo es el caso de la piscicultura Palguín, en el que algunos de sus representantes consultaron informalmente con habitantes no indígenas del sector comprometido para desacreditar la posición de los representantes indígenas, como se verá. En cada uno de estos casos, los procesos iniciados por el titular privado, y supervisados por las agencias gubernamentales, no satisfacen el requerimiento de contar con mecanismos diferenciados para cumplir con los estándares internacionales de la consulta.

En Cónquil, la empresa inversionista diseñó las reuniones de socialización explícitamente como reuniones mixtas. En documentos pre-

sentados al Servicio de Evaluación Ambiental, declaró que el público al que se intentaba llegar en las reuniones incluía grupos no indígenas como la junta de vecinos y la comunidad Lumaco Cónquil Asociación de Canalistas.¹⁶⁵ La primera reunión tuvo lugar el 17 de julio de 2010, y la segunda fue convocada el 24 de julio del mismo año, sin embargo, fue cancelada por falta de asistentes. Simbólicamente, es relevante que ambas reuniones fueron convocadas en la sede de la Junta de Vecinos 15, sector Cónquil, en vez de en la sede de las comunidades indígenas. La presentación de la compañía solo expuso información general sobre el proyecto, sin considerar las preocupaciones específicamente indígenas, como la ubicación de los sitios sagrados en las cercanías. En este caso, tanto los habitantes indígenas como los no indígenas expresaron unánimemente su oposición al proyecto.¹⁶⁶

Del mismo modo, en Putúe los representantes de la piscicultura Los Ríos convocaron a una reunión de socialización en la que no se discutieron específicamente las preocupaciones de los pueblos indígenas afectados. Las autoridades del Servicio de Evaluación Ambiental pidieron que la compañía convocara a reuniones de socialización con la comunidad Pedro Ancalef.¹⁶⁷ Sin embargo, cuando la compañía convocó a una reunión el 8 de enero de 2011, invitó además a los miembros de la junta de vecinos de Putúe,¹⁶⁸ y los representantes del Servicio de Evaluación Ambiental que presidieron la reunión aprobaron la inclusión de personas no indígenas. De esta manera, no solo el titular no cumplió con los estándares internacionales para mecanismos de consulta diferenciados, sino que, más importante aun, el gobierno amparó dicha situación al no cumplir con su obligación de supervisar adecuadamente el procedimiento.

Los representantes de la piscicultura Palguín utilizaron algunos de los argumentos de apoyo a la construcción del proyecto expresados por los habitantes no indígenas del sector para así desacreditar la posición de los líderes indígenas que se opusieron a él.¹⁶⁹ Luego, el titular y sus representantes viajaron al territorio en cuestión y, como se planteó en páginas anteriores, fueron de casa en casa buscando el apoyo de los habitantes locales. Más tarde, el titular presentó una adenda al Servicio de Evaluación Ambiental, en la que sostuvo que la posición de los líderes indígenas

165 Sea.gob.cl, "Modificación y ampliación piscicultura Quilentue", Evaluación Ambiental, Anexo 14, Informe de Socialización.

166 Id. Ver también sea.gob.cl, "Modificación y ampliación piscicultura Quilentue", Documento de apoyo, 23 de agosto de 2010.

167 Sea.gob.cl, "Piscicultura Los Ríos", Evaluación Ambiental, Informe consolidado de solicitud de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la DIA (ICSARA), 23 de diciembre de 2010.

168 Sea.gob.cl, "Piscicultura Los Ríos", Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo 1, 7 de febrero de 2011, p. 1.

169 Sea.gob.cl, "Adenda N° 1 en respuesta a la solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones a la declaración de impacto ambiental del proyecto 'Piscicultura Palguín'". Evaluación Ambiental, Adenda, 22 de mayo de 2009.

contrasta con las “opiniones informales recibidas de diferentes vecinos” y calificó la oposición de los líderes indígenas de “temor preconcebido”.¹⁷⁰

Se debe reiterar aquí un hecho de suma importancia y que se relaciona con el ámbito de regulación propio del Convenio 169 al que alude este informe: los participantes de la consulta deben ser los representantes de los *pueblos indígenas* afectados; las opiniones de los no indígenas no pueden suplantar o invalidar, de ninguna manera, las posiciones expresadas por los legítimos representantes indígenas; no obstante, según los mecanismos genéricos contemplados en la ley ambiental, los no indígenas tienen también derecho a participar.

4.4.5. Titulares privados y obstáculos a la participación efectiva de los representantes indígenas

De acuerdo con los estándares internacionales, las consultas deben permitir la participación de las instituciones representativas de todos los pueblos indígenas afectados. Las investigaciones del Consorcio han revelado casos en que los titulares privados han utilizado criterios injustificadamente limitados para definir el “área afectada” de un proyecto de piscicultura, enfocándose en áreas geográficas demasiado restrictivas. Como resultado, comunidades que forman parte del territorio potencialmente afectado por una piscicultura quedaron excluidas del proceso de socialización. Estas prácticas reflejan ignorancia o bien una violación intencional de las concepciones de territorialidad indígenas protegidas por el Convenio 169 y otras leyes internacionales. Además, la falta de garantía de la participación en el proceso de consulta efectiva de los legítimos representantes de todas las comunidades, cuyos derechos territoriales pueden ser afectados por la piscicultura, viola los estándares internacionales sobre la obligación de consultar.

Al proceso de socialización para la piscicultura Los Ríos, en Putúe, le faltó incluir a los representantes de una comunidad potencialmente afectada. El sitio para la piscicultura está ubicado en la orilla del río Toltén y cerca de a lo menos dos comunidades indígenas contiguas: Epu Leufu y Pedro Ancalef.¹⁷¹

Durante las reuniones y negociaciones el titular se relacionó con representantes de la comunidad Pedro Ancalef, mientras que los representantes de Epu Leufu fueron excluidos a pesar de su interés territorial. La especial relación entre la comunidad y el río se evidencia en su nombre: Epu Leufu significa “dos ríos” y hace referencia a la ubicación de la comunidad, entre los ríos Toltén y Voipir. Juan Ñancupán, el pre-

170 Sea.gob.cl, “Adenda N° 1 en respuesta a la Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones a la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto ‘Piscicultura Palguín’” Evaluación Ambiental, Adenda, 22 de mayo de 2009.

171 Antes, todos los comuneros pertenecían a la comunidad Pedro Ancalef, pero en 2002 una docena de familias se separó para formar la comunidad Epu Leufu. Entrevista personal con Luis Valdés e Irma Ñancupán, 3 de julio de 2011.

sidente de la comunidad Epu Leufu, confirmó a los investigadores del Consorcio que los usos materiales y económicos del agua del río incluyen el consumo humano, animal y de riego.¹⁷² El curso de agua es particularmente importante para la comunidad porque muchas familias no tienen acceso al agua potable, es decir, dependen exclusivamente del río. El diseño e implementación de la piscicultura Los Ríos, al lado del río Toltén, al que desecha sus residuos continuamente por medio de una tubería bajo el agua,¹⁷³ afectaría directamente los derechos de propiedad territoriales de la comunidad, de manera que, según el derecho internacional, debiera desencadenar la obligación de consultar.

No obstante, el titular excluyó a la comunidad Epu Leufu del proceso. Cuando se evaluó los posibles efectos de la piscicultura en sitios con importancia cultural, la DIA presentada por el titular solamente consideró un radio de 50 metros desde el sitio de la instalación.¹⁷⁴ Además, afirmó que el área potencialmente afectada por los desechos solamente alcanzaba 700 metros río abajo (DIA, 9, 19). Escogieron ese punto porque es el lugar de desecho para la planta de tratamiento de aguas servidas. Una deficiencia evidente de esta metodología es que ignora el efecto acumulativo –más abajo en la corriente– de los desechos de la piscicultura junto con los desechos de la planta. La DIA reconoce que la comunidad Pedro Ancalef está situada a 1.240 metros del sitio del proyecto, pero no menciona a la comunidad Epu Leufu (DIA, 33-38). El gobierno nunca corrigió la omisión ni avisó a los representantes de la compañía de la presencia cercana de esta comunidad.¹⁷⁵

Así, nadie de la comunidad Epu Leufu asistió a la reunión de socialización convocada por la piscicultura Los Ríos para el 8 de enero de 2011, después de la cual los representantes del titular se reunieron en otras tres ocasiones con dirigentes de la comunidad Pedro Ancalef.¹⁷⁶ Aquellas negociaciones culminaron el 24 de enero del mismo año con un acuerdo entre el titular y dicha comunidad, suscrito por cuatro dirigentes de Pedro Ancalef, que generó varias obligaciones para la empresa.¹⁷⁷ El documento da a entender que los beneficios conferidos a la comunidad Pedro

172 Entrevista personal, 3 de julio de 2011.

173 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Adenda 1, 7 de febrero de 2011, p. 24.

174 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Declaración de Impacto Ambiental (DIA), 10 de noviembre de 2010, p. 103.

175 En una respuesta a la DIA presentada por el titular, la CONAMA comentó que el sitio propuesto para el proyecto lindaba con el territorio de la comunidad Pedro Ancalef. Luego simplemente ordenó a la compañía socializar el proyecto con esa comunidad. Ver sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento con observaciones a la DIA, 3 de diciembre de 2010.

176 Entrevista personal con Juan Curimil, 16 de enero de 2011, y entrevista telefónica con Gustavo Burgemeister Vester (representante legal del titular), 15 de julio de 2011.

177 Ver sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Documento de prueba para SyF y DIA, 23 de febrero de 2011.

Ancalef alcanzaron también a la comunidad Epu Leufu, pero los miembros de esta se enteraron del proyecto después de que gran parte del proceso había terminado. Juan Ñancupán comentó a los investigadores del Consorcio que escuchó del proyecto por primera vez cuando hablaba con otros vecinos del sector, durante marzo o abril de 2011. La compañía había anunciado a los otros habitantes del área que iba a convocar a otra reunión de socialización, pero no contactó directamente al presidente ni a otros miembros de la comunidad. Sin embargo, él y otros comuneros de Epu Leufu asistieron a la reunión junto a comuneros y dirigentes de Pedro Ancalef, como señalan tanto Juan Ñancupán como Luis Valdés e Irma Ñancupán. Después de observar algunos de los detalles del proyecto, los miembros de la comunidad Epu Leufu expresaron su preocupación sobre los potenciales impactos ambientales y culturales de la piscicultura, pero ya la comunidad Pedro Ancalef había firmado el acuerdo con la compañía y la CONAMA aprobó el proyecto el 26 de abril de 2011.

Una consecuencia directa de la exclusión de la comunidad Epu Leufu del proceso de socialización es que al día de hoy sigue igualmente excluida de los beneficios potenciales derivados de la piscicultura. Cuando los investigadores del Consorcio visitaron la comunidad en julio de 2011, la compañía había suministrado equipo deportivo y estaba financiando la construcción de la nueva sede para la comunidad Pedro Ancalef. Además, para la construcción de la piscicultura había dado preferencia en la contratación de trabajadores a miembros de dicha comunidad. Epu Leufu no había recibido ningún beneficio colectivo ni individual de la compañía.

La circunstancia ha suscitado un conflicto entre ambas comunidades. Miembros de Epu Leufu critican a la comunidad vecina por haber fallado en avisarles de las reuniones y las negociaciones, y su crítica abierta y su oposición a la piscicultura han originado una reacción cáustica amarga entre varios de los comuneros de Pedro Ancalef. Juan Ñancupán describió el deterioro de las relaciones entre las comunidades de la siguiente forma: “La gente de las comunidades ya no se saluda como antes. Ya se ven de una forma distinta”.

En Cónquil, la piscicultura Quilentue no consideró de buena forma las implicaciones territoriales del proyecto, y excluyó del proceso de socialización a varias comunidades. A la reunión de socialización, el 17 de julio de 2010, la compañía invitó solo a los representantes de la comunidad Domingo Pichinao, cuando había por lo menos seis ubicadas en el territorio potencialmente afectado por la piscicultura debido a la presencia del estero Cónquil en su territorio.¹⁷⁸ Como reconoció la

178 Sea.gob.cl, “Modificación y ampliación piscicultura Quilentue”, Anexo 14, Informe de Socialización, pp. 2-3, y Sea.gob.cl, “Modificación y ampliación piscicultura Quilentue”, Documento de apoyo, 23 de agosto de 2010.

CONADI, estas comunidades hacen tanto usos materiales como culturales del agua del río, incluyendo el consumo humano y las actividades de agricultura de subsistencia y culturales, como el guillatún. Los usos del agua del estero Cónquil dan origen a derechos de propiedad territoriales reconocidos por la ley internacional. El impacto potencial de la piscicultura en el estero Cónquil debido a la liberación en la vía fluvial de las heces de los peces, detergentes, desinfectantes y otros productos químicos afecta claramente a los derechos territoriales de estas comunidades, y por eso representantes legítimos de todas las comunidades potencialmente afectadas deberían haber sido invitados a la reunión de socialización. En esta, los indígenas criticaron a los representantes de la compañía por haber limitado la invitación a una sola comunidad. Por lo menos un participante indígena les informó que tendrían que tomar en cuenta “todo el territorio” al delimitar el área de influencia del proyecto.

El error de la compañía –deliberado o no– de no invitar a representantes de todas las comunidades afectadas es en parte el resultado de criterios metodológicos profundamente defectuosos, que ignoran los estándares internacionales sobre derechos territoriales indígenas. Así por ejemplo, los criterios para averiguar qué comunidades indígenas se debería contactar eran los mismos usados para escoger a grupos no indígenas,¹⁷⁹ a pesar del carácter particular de los derechos de propiedad territoriales indígenas considerados por el derecho internacional. Aunque los criterios efectivamente supusieron una investigación superficial de los usos del estero Cónquil, el alcance de la investigación se limitó a 1 km desde el punto de vertido.¹⁸⁰ Aun más, la compañía informó que solo una vez inspeccionó los usos del agua del sitio, e incluso así admitió que había “sectores donde no se visualiza el curso cuerpo de agua producto de la abundante vegetación”.¹⁸¹ Entonces, es muy poco probable que se registraran los usos periódicos –como agua para abrevar o para el uso ceremonial durante el *nguillatun*– del agua del río. De la información reunida durante esa única inspección, los representantes de la compañía intentaron verificar solamente “usos formales o derechos de aguas concedidos”, por lo que, otra vez, es muy poco probable que identificaran los usos indígenas tradicionales, periódicos o informales. Los agentes de la compañía realizaron solamente una visita para averiguar si había sitios culturales o religiosos, y el alcance en esa visita se limitó a un radio de 500 metros a partir del área de construcción propuesta (DIA, p. 69).

179 Sea.gob.cl, “Modificación y ampliación piscicultura Quilientue”, Anexo 14, Informe de Socialización, pp. 2-3.

180 *Id.*, p. 9.

181 Anexo 4: Derechos de agua. Registro fotográfico, p. 2.

A pesar de la falta en que incurrió la empresa al no invitarlos, tres representantes de comunidades no invitadas asistieron *motu proprio* a la reunión, el 17 de julio de 2010.¹⁸² Uno de ellos fue Álex Cuñán Huenulef, presidente de la comunidad Rufino Cayulef, y otro Juan Pablo Huichalaf, miembro de la comunidad Juan Huinolpán. El estero Cónquil pasa por cada una de estas comunidades y forma parte de sus territorios. Sin embargo, en la reunión no se recibió bien a estos asistentes. En las notas de la reunión que se presentaron al Servicio de Evaluación Ambiental, la compañía los describe como si hubiesen venido de “otra comunidad más alejada”, y se les acusó de haber iniciado una “arenga”.¹⁸³ Cuando terminó la reunión, los participantes indígenas se negaron a firmar un registro de asistencia o rellenar fichas de consulta, probablemente debido al ambiente hostil avivado por la falta de respeto a los representantes indígenas que no habían sido invitados. Así, la compañía no cumplió con su responsabilidad de garantizar la participación efectiva de los representantes indígenas, ni siquiera de los que sí asistieron a la reunión.

4.5. MECANISMOS DE CONSULTA

Aunque los contornos precisos de los mecanismos válidos de consulta continúan tomando forma en el derecho internacional, como se ha explicado en este informe, el Convenio 169 de la OIT y otras fuentes internacionales establecen ciertos estándares mínimos. Debido a la diversidad de los pueblos indígenas y a la pluralidad de sus costumbres y tradiciones, dentro de las cuales se encuentran sin duda las distintas formas que adquieren sus procesos de toma de decisiones, el derecho internacional tiene por objeto establecer directrices generales y flexibles para el ejercicio del derecho a la consulta. Así, el artículo 6 del Convenio 169 se refiere a los procedimientos de consulta solo de manera general, señalando que deben ser “apropiados” (6.1a) y “apropiada a las circunstancias” (6.2). Este amplio lenguaje deriva de un reconocimiento de la necesidad de adaptabilidad: en efecto, el artículo 34 del Convenio 169 establece que “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

Por lo tanto, los Estados deben garantizar que los procedimientos de consulta respeten las particularidades de cada pueblo indígena que habita dentro de las fronteras nacionales y que los mecanismos observen los requisitos mínimos establecidos por el derecho internacional. Estos

182 Sea.gob.cl, “Modificación y ampliación piscicultura Quilentue”, Anexo 14, Informe de Socialización, p. 14-15, y entrevista personal con dirigentes en Cónquil, 18 de enero de 2011.

183 Informe de Socialización, pp. 15-16.

requisitos mínimos representan principios transversales fundamentales que deben orientar todos los procesos de consulta y cuya aplicación es una condición previa para una consulta exitosa. A continuación se discutirán los siguientes requisitos mínimos: i) la consulta debe ocurrir antes de la implementación de la medida en cuestión, ii) la consulta debe ser realizada de *buena fe*, iii) la consulta debe ser *informada*, iv) la consulta debe ser *culturalmente apropiada*.

4.5.1. Consulta previa

La consulta debe ser anterior a la adopción de la medida que afecta directamente a un pueblo indígena. Los procesos de consulta previstos por el Convenio 169 que son más relevantes para el presente estudio son los relacionados con las decisiones administrativas que afectan directamente a los pueblos indígenas (art. 6.1), con los planes de desarrollo e inversión (art. 7) y con la exploración y explotación de los recursos naturales relacionados con el territorio de los pueblos indígenas (art. 15).

La Comisión de Expertos de la OIT es enfática al declarar que la consulta de medidas legislativas y administrativas previstas por el artículo 6 del Convenio se debe realizar de manera previa a la adopción de dichas medidas.¹⁸⁴ El carácter previo de la consulta en relación con la exploración y explotación de los recursos naturales dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (art. 15.2) fue reafirmado por la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 32). En cuanto a los planes de desarrollo, el artículo 7.1 establece que los pueblos indígenas deberán participar en la “formulación” de los planes de desarrollo, para lo que necesariamente se requiere de mecanismos de consulta previos a la elaboración del plan.¹⁸⁵ Las fuentes internacionales exigen que la consulta comience en las primeras etapas de planificación de la medida para permitir la participación efectiva de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones. El Consejo de Administración de la OIT, que apoya firmemente un requisito de consulta en la fase inicial, sostiene que “el artículo 6 requiere que la consulta sea ‘previa’, lo que implica que las comunidades afectadas sean involucradas *lo antes posible en el proceso*, incluyendo la realización de estudios de impacto ambiental”.¹⁸⁶ En el caso

184 Por ejemplo, en una Observación Individual sobre el Convenio 169 a Perú, el Comité insistió en “la necesidad de que los pueblos indígenas y tribales participen y sean consultados antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente”. Ver CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1A), 2010, p. 901. Ver también CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Pueblos indígenas y Tribales*, Informe III (Parte 1A), 2009, p. 731. También ver CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1A), 2005, p. 506.

185 Ver César Rodríguez Garavito y otros, *La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Uniandes, 2010, p. 76.

186 CEACR, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm.*

Saramaka, la Corte Interamericana sostuvo que los pueblos indígenas afectados deben ser consultados durante “las primeras etapas de un plan de desarrollo o de inversión”. La Corte concluyó que “[e]l aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”.¹⁸⁷

Por su parte, el Relator Especial Anaya liga la necesidad de realizar consultas durante las primeras etapas de desarrollo con la capacidad de los pueblos indígenas de “verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”.¹⁸⁸ Del mismo modo, la CEACR hace hincapié en que la consulta debe ser iniciada “lo antes posible” y que la capacidad de los pueblos indígenas para influir verdaderamente en el proceso depende de que la consulta se realice en una fase temprana.¹⁸⁹ Recientemente, la Comisión de Expertos de la OIT reconoció explícitamente que el momento en que comienza la consulta se relaciona directamente con su eficacia.¹⁹⁰ En suma, el procedimiento de consulta debe iniciarse con la suficiente antelación, de modo que los pueblos indígenas puedan afectar la trayectoria de la medida o proyecto.

Con respecto a la exploración y explotación de los recursos naturales, las normas internacionales han establecido un marco concreto de tiempo mínimo antes de que la consulta deba realizarse: antes de que se otorguen las licencias ambientales o permisos sobre los proyectos de explotación.¹⁹¹ En una observación sobre Guatemala, por ejemplo, la Comisión de Expertos señaló la persistente negligencia del Estado para hacer cumplir sus obligaciones relacionadas con la tierra, los recursos naturales, la participación y consulta, en particular con respecto a la concesión de licencias de explotación minera en territorios indígenas sin previa consulta.¹⁹² En ese caso, la Comisión juzgó que las medidas

169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.282/14/3, 2001, párr. 90 (énfasis añadido).

187 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 133. A mayor abundamiento, sostiene que la consulta debe ocurrir en las primeras etapas del plan y “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso”.

188 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 65. El Relator agrega que “en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”.

189 CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1A), 2009, p. 894.

190 Íd., p. 869. Ver Observación Individual sobre el Convenio 169 a Argentina, en 2010: “La consulta debe efectuarse con la suficiente antelación para que pueda ser efectiva y significativa”. Ver además Observación Individual Guatemala, Informe II (Parte 1A), 2009: “... una consulta tardía, cuando ya los planes para la región están definidos sin la participación de los pueblos indígenas, sería ineficaz”.

191 Ver César Rodríguez Garavito y otros, *La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Uniandes, 2010, pp. 75-76.

192 CEACR, *Informe Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*,

necesarias que debía tomar el Estado incluían el cese temporal de la concesión o renovación de licencias de explotación minera hasta que la consulta se llevara a cabo apropiadamente.

Además de las concesiones mineras, y en una situación que también incide en el caso de los pueblos indígenas de Chile, la Comisión de Expertos de la OIT ha insistido en que los procesos de consulta se realicen antes de la asignación de concesiones madereras. En una observación individual sobre Bolivia, acogió una denuncia contra la Superintendencia Forestal Nacional por adjudicar 27 concesiones forestales en territorios indígenas sin haber consultado previamente a los pueblos afectados. Al leer el artículo 15 a la luz de los artículos 6 y 7, la CEACR señaló que el Convenio 169 exige que los gobiernos se comprometan a asegurar que los pueblos indígenas sean consultados “rápida y adecuadamente” en relación con las actividades de exploración y explotación.¹⁹³ La Comisión aclaró que su interpretación de la consulta “rápida y adecuada” implica que el gobierno debe establecer mecanismos efectivos de consulta previa “antes de iniciar cualquier actividad de prospección y de explotación de los recursos naturales” (párr. 6). Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que las consultas deben ocurrir “antes de autorizarse la explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras de los indígenas”.¹⁹⁴ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por su parte, interpreta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de modo compatible con el requisito del Convenio 169 de que los procedimientos de consulta se realicen antes de conceder licencias para la explotación de recursos naturales.¹⁹⁵

Más aun, los mecanismos de consulta no solo se deben iniciar “lo antes posible”, sino que se deben continuar en cada etapa del proyecto, incluyendo las posibles modificaciones. Como es sabido, el derecho de los pueblos indígenas “de decidir sus propias prioridades (...)”

Observación Individual Guatemala, Informe II (Parte 1A), 2009, pp. 738-739.

193 CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1A), Observación Individual sobre el Convenio 169 Bolivia, 2003, pp. 731-732, párr. 3

194 CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, “Los derechos de los indígenas en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.102 2009, J(4); ver también CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 304 (“en cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma del otorgamiento de la concesión: los Estados deben garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio como en la adopción de las decisiones correspondientes”).

195 Comité de Derechos Humanos ONU, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto*, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Canadá, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 de abril 2006, párr. 9.

y de controlar (...) su propio desarrollo económico, social y cultural” es protegido por el principio de la participación dentro del artículo 7 del Convenio 169. Respecto de este derecho, la OIT confirma que “[s]olo si lo hacen *desde el comienzo hasta el fin* de un proyecto o programa podrán ser responsables del mismo y contribuir activamente al establecimiento y consolidación de su propia autosuficiencia socioeconómica”.¹⁹⁶ El Relator Especial de la ONU es enfático al reafirmar la importancia de realizar la consulta antes de cada fase de una medida como parte fundamental del derecho a la consulta, conforme al artículo 6.¹⁹⁷

Por consiguiente, la privación de consulta a los grupos indígenas sobre modificaciones y desarrollos posteriores de los proyectos que les afectan es una violación del derecho a la consulta que se busca resguardar. Por ejemplo, el pueblo embera katío, de Colombia, manifestó su descontento ante la OIT alegando que el gobierno colombiano había violado su derecho a la consulta con respecto al proyecto hidroeléctrico Urrá, que inundó su territorio.¹⁹⁸ El Consejo de Administración de la OIT adoptó un informe en el cual se pronunció sobre una consulta previa realizada para una segunda etapa de un proyecto hidroeléctrico en territorio del pueblo embera katío del Alto Sinú en Colombia, proyecto que fue fragmentado en dos etapas: una de construcción de la represa, para la cual no hubo consulta previa a pesar de que en Colombia estaba vigente el Convenio 169; y otra de llenado e inicio de operaciones, para la cual la Corte Constitucional de ese país ordenó llevar a cabo un proceso de consulta previa que se realizó, según el Comité, sin todas las garantías necesarias.¹⁹⁹ Como lo demuestra este ejemplo, muchos proyectos de desarrollo modernos se ejecutan a través de procesos complejos y multifásicos que podrían requerir la adaptación de las características originales. Estas adaptaciones pueden afectar a las comunidades indígenas cercanas de manera significativa. El carácter “previo” de la consulta, tal

196 OIT, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un manual*, 1 de diciembre de 2003, p. 18, www.es.pro169.org.

197 Con respecto a las medidas legislativas, el Relator Especial nota que “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales”. Ver Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 20.

198 CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS)*, GB.282/14/4, 2001, párr. 10.

199 *Íd.*, párr. 16-18 y 65. Ver también James Anaya, “Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources”, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 22(1), 2005, p. 1.

y como su nombre lo dice, requiere que aquellas sean consultadas antes de cada fase del proyecto, pero principalmente antes del inicio. En el ejemplo colombiano, la primera etapa careció de consulta, de manera que la segunda, sometida a un proceso de consulta por orden judicial, no puede ser considerada previa en sentido estricto. La OIT confirma que el carácter “previo” de la consulta debe interpretarse ampliamente para tener una aplicación significativa en la realidad compleja de los proyectos de desarrollo contemporáneos.

Un corolario de este punto es que todas las medidas adoptadas con respecto a los proyectos de desarrollo, incluidos los iniciados antes de la adopción del Convenio 169, y que afectan directamente a los pueblos indígenas, quedan sujetas al derecho de los pueblos que deben ser consultados. Aunque según los principios generales del derecho internacional las disposiciones del tratado no pueden aplicarse retroactivamente, muchos proyectos de desarrollo efectivamente tendrán efectos actuales y futuros en comunidades indígenas cercanas. Esto es particularmente cierto en el contexto de la exploración y explotación de los recursos naturales, así como para los proyectos de infraestructura. Una Comisión Tripartita de la OIT declaró que la obligación de consultar se puede aplicar a este tipo de proyectos cuando se haya otorgado una concesión antes de la entrada en vigor del Convenio 169, dado que “la situación creada por la firma de[el] contrato [de concesión] persiste hasta la fecha. Además, la obligación de consultar con los pueblos interesados no es aplicable solo a la celebración de contratos, sino que surge de manera general en el contexto de la aplicación de las disposiciones del Convenio”.²⁰⁰ Del mismo modo, el Relator Especial de las Naciones Unidas remarca que “en el caso de proyectos ya en marcha deben aplicarse procesos de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales, con respecto a sus impactos actuales y futuros”.²⁰¹ Por ello, los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas afectados por los proyectos iniciados antes de la entrada en vigor del Convenio 169 al momento de decidir sobre las medidas que surgen después de la entrada en vigor de este instrumento.

4.5.1.1. Resultados de las observaciones sobre la consulta previa

Los resultados de esta investigación indican que los procesos de socialización contemplados por la ley ambiental chilena no se han llevado a cabo –en las etapas de planificación de proyectos de piscicultura– con

200 CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)*, GB.282/14/2, 2001, párr. 30.

201 *Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6*, 5 de octubre de 2009, párr. 38.

la suficiente antelación como para proteger los intereses de los pueblos indígenas. En Palguín Bajo y Cónquil, las reuniones de socialización fueron las primeras instancias en que las comunidades se informaron de las características particulares de los proyectos. Sin embargo, estos estaban casi finalizados al momento de estas reuniones, lo que impidió la puesta en práctica del derecho de los pueblos indígenas de influir en el diseño. Frente a los proyectos finalizados que podrían producir daños irreparables en su medio ambiente y su forma de vida, los miembros de la comunidad se sentían obligados a oponerse directamente o aceptar lo inevitable: la creación de condiciones más difíciles para las negociaciones. Además, los procesos de socialización generaron fuertes conflictos entre los pueblos indígenas y los titulares, lo que contribuyó a la inseguridad jurídica y promovió una condición desfavorable para los inversionistas. Sin duda, la creación e implementación de un requisito de consulta en una fase anterior del proceso de SEIA habría permitido a los pueblos indígenas tener un mayor control sobre sus recursos territoriales, y ofrecido a los inversionistas mayor certeza sobre las posibilidades de aprobación antes de invertir un gran capital.

Los procesos de socialización que llevaron a cabo los representantes de las empresas de piscicultura no se desarrollaron durante las primeras etapas del proyecto. En Palguín ocurrieron casi tres años *después* de que la empresa comenzara con las gestiones para implementar el proyecto de piscicultura. En marzo de 2006, una agente de la empresa recibió un derecho de aprovechamiento de aguas de uso consuntivo por decreto del Juzgado de Letras de Pucón. El 24 de enero de 2007, la misma representante de la empresa compró un derecho no consuntivo de aguas en el río Palguín, con un caudal máximo de 500 litros por segundo, en \$40.000.000 (US\$ 85.000).²⁰² Debe recordarse que la DIA para la piscicultura Palguín entró en el SEIA el 12 de julio de 2007. Además, la empresa compró otro derecho consuntivo de agua del río Palguín, con un caudal máximo de 50 litros por segundo, el 21 de septiembre del mismo año.²⁰³ Aunque la empresa compró este derecho al propietario registrado, este sector del río también se alimenta de un canal que provee de agua a familias mapuche en Llafenco.²⁰⁴ El 9 de enero de 2008, la CONAMA emitió un “informe consolidado de solicitud de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la DIA”, el que había congregado todos los comentarios hechos por catorce agencias gubernamentales y la Municipalidad de Pucón.²⁰⁵ Entre febrero

202 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Anexo 1: Antecedentes legales, Derecho agua consuntivo y Escritura agua.

203 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Anexo H, Módulo 4, d., escritura, 2 de septiembre de 2009.

204 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Anexo H, Módulo 4, a. Acta Evysa 169, 2 de septiembre de 2009.

205 Sea.gob.cl, Ficha del proyecto.

de 2008 y mayo de 2009, el titular solicitó y recibió cinco plazos suplementarios antes de que finalmente presentara la primera adenda, en mayo de 2009. La adenda respondió a las observaciones formuladas por varias entidades gubernamentales y evidenció los avances sustanciales en los aspectos técnicos del proyecto.²⁰⁶ En contraste con los progresos realizados en relación con todos los demás aspectos del proyecto, las primeras reuniones de socialización no se realizaron sino hasta el 16 de mayo de 2009,²⁰⁷ es decir, *más de tres años después* de la adquisición inicial del derecho de aprovechamiento de agua y después de casi dos años de que el proyecto fue presentado al SEIA.

Representantes de la empresa notificaron a las comunidades indígenas sobre la piscicultura durante las reuniones de socialización. Antes de eso, en Palguín Bajo y Llafenco no conocían el plan de la empresa, a excepción de algunas personas que habían hablado con un antropólogo contratado por aquella, a principios de mayo de 2009.²⁰⁸ Cuando los representantes de la empresa se reunieron con miembros de las comunidades, el proyecto ya estaba en una fase muy avanzada: las características fundamentales de la piscicultura ya se conocían, incluyendo la localización precisa, el diseño estructural, los resultados esperados de producción, sistema de filtración de agua, volumen y frecuencia de consumo y las descargas, y los tipos de antibióticos y otros químicos utilizados en el proceso de producción. Durante las reuniones, los representantes de la empresa hicieron una demostración visual que describía las características del proyecto en detalle, lo que demuestra que las escasas posibilidades de participación que se dispusieron no fueron determinantes en la elaboración y diseño del proyecto, como ordenan los estándares internacionales que se han detallado en el presente informe. La empresa ya tenía articulado el proyecto y solamente informó a los indígenas de la zona sobre sus características, lo cual dista radicalmente de someterlo a la consulta necesaria para que estos pudiesen opinar e influir.

La historia de la piscicultura Quilentue en Cónquil es mucho más larga, y aun así las reuniones de socialización no ocurrieron hasta que el proyecto estaba en las etapas finales de desarrollo. Este se presentó como una modificación de un proyecto de piscicultura que había sido aprobado por la CONAMA en junio de 2001, pero que nunca se ins-

206 Según se observa en el expediente del proyecto, el titular adjuntó, además del "Informe consolidado Piscicultura Palguín", treinta documentos anexos, entre los cuales se cuentan planos, certificados e informes. Con ello se quiere destacar la cantidad de trabajo que el titular había realizado antes de decidir hablar con los pueblos indígenas.

207 Sea.gob.cl, "Piscicultura Palguín", Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo 16, 22 de mayo de 2009, p. 13, y entrevista personal con Jorge Tignado, 13 de enero de 2011.

208 Entrevista personal con Jorge Tignado, Manuel Rivera, Alejandro Puelma Epulef y Sara Alarcón.

taló.²⁰⁹ Originalmente el proyecto lo propuso la empresa Gentec S.A., que transfirió la propiedad a María Josefina Iribarren Marton en noviembre de 2006.²¹⁰ Iribarren Marton, junto con otros tres socios, constituyó la Sociedad Agrícola Quilentue Ltda. en mayo de 2008. Luego vendió la tierra y los permisos asociados con la piscicultura Quilentue a la Sociedad Agrícola Quilentue Ltda., transferencia que incluyó la venta del derecho de aprovechamiento de aguas en junio de 2008.²¹¹

La nueva propuesta de proyecto para la piscicultura Quilentue tenía diferencias significativas respecto del que había sido aprobado. En primer lugar, la Sociedad Agrícola Quilentue Ltda. compró derechos adicionales de aprovechamiento de agua en julio de 2009, más de nueve meses después de que el Convenio 169 entrara en vigor.²¹² Los nuevos derechos de agua aumentaron el volumen máximo permitido desde 1.707 litros por segundo a 2.610 litros por segundo, un alza de cerca del 53%; y la estructura física se amplió desde 3.500 m² a 5.136,8 m² (DIA, p. 28). En tercer lugar, el punto de restitución se trasladó 860 metros más cerca del sitio del proyecto,²¹³ lo que significa que una sección adicional de 860 metros del río se vería afectada por las descargas. En cuarto lugar, la biomasa máxima del pescado producido en la piscicultura aumentó de 72,7 toneladas por año a 1.181,4 toneladas por año, vale decir, *dieciséis veces más* (p. 28). Estas alteraciones sustanciales en el proyecto original requerían la presentación de un nuevo instrumento de evaluación ambiental al SEIA, y con ello la obligación de consultar a los pueblos indígenas potencialmente afectados, visto que el derecho se debe implementar en cada fase del proyecto, y que además la ampliación sustancial de la piscicultura podría afectar a los pueblos indígenas cercanos aun más significativamente.

La reunión de socialización para la piscicultura Quilentue se llevó a cabo el 17 de julio de 2010, más de dos años después de la transferencia inicial de la propiedad a la Sociedad Agrícola Quilentue Ltda., y un año después de la adquisición adicional de los derechos de agua. En las semanas que precedieron la reunión, representantes de la empresa se dirigieron al presidente de la comunidad indígena Domingo Pichinao. Entrevistados los líderes indígenas de Cónquil, comentaron que aquellos hicieron hincapié en que el proyecto estaba listo y solo tenía que pasar la evaluación ambiental. Las noticias del proyecto se transmitieron de boca en boca y, como se describió más arriba, varios representantes

209 Ver Sea.gob.cl, "Modificación y ampliación piscicultura Quilentue", Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 13 de agosto de 2010.

210 Anexo 1. Antecedentes legales.

211 Anexo 4. Derechos de agua. Copia inscripción aporte derechos de aguas a sociedad Quilentue.

212 Sea.gob.cl, "Modificación y ampliación piscicultura Quilentue", Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 13 de agosto de 2010, pp. 2-3.

213 Anexo 4. Derechos de Agua, Res. DGA 977.

indígenas que no habían sido invitados a la reunión de socialización se enteraron de ella y acudieron. En la reunión, el titular explicó el aumento de la escala de la operación y todos entendieron que las características esenciales del proyecto ya estaban trazadas y no había posibilidad de que los pueblos indígenas influyeran en su desarrollo.

Esta política de hechos consumados de las pisciculturas Palguín y Quilentue generó una reacción muy negativa en las comunidades. Ante los investigadores del Consorcio sus líderes expresaron su frustración por haberse enterado de las pisciculturas cuando ya era demasiado tarde para tener algo que decir en el proceso.²¹⁴ Según un dirigente indígena de Villarrica, “esta información solo nos llega cuando los proyectos ya están muy avanzados, no antes”. Francisco Huilipán, el presidente de la comunidad Juan Huinolpán, señaló que la presentación del titular en Cónquil era solamente para mostrarles “un producto terminado”. A los dirigentes mapuche les pareció que los planes se desarrollaron de manera que las reuniones eran una simple formalidad, necesaria para aprobar los proyectos. En palabras de Valle Condelenko, representante mapuche de Cónquil: “Simplemente ellos llamaron a la reunión y solamente era venir a ver el video, firmar y listo. A nadie le preguntaron si estábamos de acuerdo, nada. Todo estaba hecho y era decir que sí y listo”.

Así, miembros de la comunidad que de otro modo podrían haber estado dispuestos a trabajar con las empresas para resolver cuestiones de interés mutuo quedaron en una posición de todo o nada: debieron aceptar el proyecto en términos desfavorables u oponerse. Por ejemplo, Jorge Tignado, dirigente de Llafenco, señala que no se opone categóricamente a la llegada de empresas al territorio y a la inversión para crear empleos, solo le preocupa que la naturaleza del proyecto no sea tal que provoque más daño que los beneficios que supone el empleo. Pero cuando Tignado escuchó hablar del proyecto de piscicultura todos los detalles ya se habían decidido. En consecuencia, se sintió obligado a oponerse estimándolo una amenaza para el ecosistema local del que depende su comunidad para su subsistencia material y actividades culturales. Sonia Nanco, también de la comunidad Llafenco, se preguntó ante nuestros investigadores:

Nosotros estamos dispuestos al diálogo. ¿Pero si ya está todo listo? Lamentablemente no nos toman en cuenta. Se hicieron los proyectos, ya estaba todo listo y se aprobaron (...). Entonces, ¿qué vamos a hacer?²¹⁵

214 Entrevista personal con dirigentes del Consejo Territorial Mapuche Mallolafken, 12 de enero de 2011, y con dirigentes en Cónquil, 18 de enero de 2011.

215 Entrevista personal con Sonia Nanco, 14 de enero de 2011.

Sin duda, los conflictos entre los intereses de los indígenas y los intereses empresariales podrían evitarse o mitigarse si las preocupaciones y demandas de los pueblos indígenas se plantearan de manera temprana, como estipula la normativa internacional. Un mecanismo de consulta en las fases tempranas también sería beneficioso para los intereses comerciales. Álvaro Sepúlveda, representante de Sociedad Agrícola Terratur Ltda., opinó ante los investigadores del Consorcio que la consulta debe realizarse al principio del proceso de evaluación ambiental.²¹⁶ Las reuniones de socialización que se realizaron en Palguín Bajo y Llafenco ocurrieron casi al final del proceso de evaluación, después de que la empresa ya había invertido entre 20 y 25 millones de pesos (US\$ 42.500-53.000). La feroz oposición de algunos de los miembros de la comunidad resultó sorpresiva para la empresa, que temió que sus socios perdieran la inversión si el proyecto no era aprobado: uno de los inversionistas se retiró a causa del conflicto y el inversionista principal afirmó que nunca más invertiría en el área, según relató Sepúlveda. No es extraño entonces que, para preservar su inversión, las empresas recurran a ofertas en dinero y otros beneficios para obtener la aprobación de miembros prominentes de las comunidades.²¹⁷ Si el proceso de consulta se hubiese llevado a cabo en una etapa más temprana, el riesgo de pérdida de capital de inversión para la empresa habría sido menor, eso habría repercutido en que sus inversionistas habrían tenido más confianza, y ello a su vez eliminaría los incentivos para coaccionar a las comunidades indígenas.

La ubicación y el uso de los derechos de aprovechamiento de aguas para las pisciculturas podrían ofrecer una oportunidad de consulta previa o tan pronto como los proyectos entran al SEIA. El régimen jurídico actual de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile es extremadamente problemático a la luz del ámbito territorial de los derechos indígenas protegidos por el Convenio 169 de la OIT y otras fuentes internacionales, lo que ocasiona tensión entre los titulares de derechos de agua que viven en los territorios indígenas y los miembros de la comunidad. La solución pasa necesariamente por un mecanismo de consulta previa efectiva que permita a los pueblos indígenas tener, al menos, un mínimo de control sobre el uso de los recursos naturales de su territorio, lo que además proporcionaría un mayor grado de certeza a los inversionistas. Una forma de que eso ocurra sería exigir que cuando los proyectos entren al SEIA se registre en primera instancia el lugar propuesto para la explotación,

216 Entrevista personal, 18 de enero de 2011.

217 Sonia Ñanco, ferviente opositora de la piscicultura, dijo a nuestros investigadores que fue visitada por el titular del proyecto en tres ocasiones. En la tercera visita, viendo que no lograba convencerla, el titular le preguntó si podía “llegar a un arreglo con dinero”.

y si se encuentra en territorio indígena eso automáticamente debería conducir a un proceso de consulta.

De este proceso se podría obtener como resultado la canalización de información sobre los usos del agua y los modos de vida de los pueblos indígenas del sector que pudiesen verse interrumpidos por los proyectos. Esa identificación temprana de eventuales tensiones y sus posibles soluciones mediante la negociación y el diálogo podrían evitar conflictos en las etapas posteriores del proceso, donde los riesgos son mucho mayores para todas las partes implicadas, con lo cual además se daría aplicación a las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado chileno en materia del derecho a la consulta previa.

4.5.2. Consultas de “buena fe”

El derecho internacional claramente exige que las consultas se lleven a cabo de buena fe. Los procesos de consulta deben transcurrir en un clima de confianza mutua, de tal manera que los participantes puedan mantener un diálogo genuino con un deseo sincero de llegar a un acuerdo. Así pensada, esta formulación implica que el requisito de buena fe se debe entender a la luz del objetivo final de las consultas: llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas afectados u obtener su consentimiento sobre la medida propuesta. El requisito de buena fe y sus principios corolarios son elementos bien establecidos en las fuentes internacionales. El artículo 6.2 del Convenio 169 establece inequívocamente que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe (...) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento...”. En el caso *Saramaka*, en términos casi idénticos, la Corte Interamericana sostuvo que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”.²¹⁸ Del mismo modo, tanto la Declaración de las Naciones Unidas (arts. 19 y 32) como el Relator Especial James Anaya enfatizan que las consultas deben realizarse de buena fe con el objetivo de llegar a un acuerdo para cumplir con las normas internacionales mínimas.

En parte, la buena fe se relaciona directamente con que los funcionarios del Estado que realizan la consulta muestren una abierta y clara disposición a considerar relevante la opinión de los pueblos indígenas que pudiesen verse afectados, lo que quedará demostrado en la forma y las circunstancias en que se desarrolla el proceso.²¹⁹ Esta formulación del requisito de buena fe supone que, aunque la evaluación del

218 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 133.

219 María Micaela Gómez y Juan Manuel Salgado, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas: Su aplicación en el derecho interno argentino*, Buenos Aires, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, 2010, p. 123.

rol de Estado en la consulta pueda responder a un criterio subjetivo, la consulta debe garantizar la objetividad de los criterios utilizados. Una indicación clara de mala fe podría ser, por ejemplo, el uso de técnicas coercitivas o de manipulación por parte de los convocantes. Pero incluso sin esa expresión abierta de mala fe hay otros indicadores que podrían revelar la falta de un deseo sincero del Estado de llegar a un acuerdo de buena fe con las comunidades afectadas.

Los Estados deben estar dispuestos a adoptar medidas positivas para crear un clima de confianza mutua con los pueblos indígenas, el cual debe fundamentarse en un principio de respeto recíproco, que es una condición previa y absolutamente necesaria para satisfacer el requisito de buena fe.

En palabras de un Comité Tripartito de la OIT, “es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua”.²²⁰ El énfasis en la creación de un ambiente de confianza con los pueblos indígenas se basa en “la desconfianza hacia las instituciones del Estado y [el] sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún”.²²¹ Debido a que muchas de las relaciones indígenas-interestatales en la actualidad están determinadas por esta lógica de discriminación histórica, el Estado debe tomar medidas afirmativas para fomentar la confianza antes de la aplicación de la consulta, demostrando respeto y garantizando las condiciones favorables para la búsqueda de entendimiento mutuo.²²²

Un segundo indicador de buena fe son los términos en los que se articula y comprende la consulta, es decir, si se establece como un mecanismo que permite un verdadero diálogo o si se la considera un simple requisito formal. En repetidas ocasiones, la OIT ha hecho hincapié en que las consultas deben constar de un “diálogo genuino” entre las

220 CEARC, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento de Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.299/6/1, 4 de junio de 2007, párr. 53.

221 CEARC, *Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM), el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR) y el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.289/17/3, marzo de 2004, párr. 107.

222 James Anaya identifica la “consulta sobre la consulta” como un mecanismo a través del cual el Estado puede generar ese clima de confianza mutua. Ver CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 51.

partes.²²³ Asimismo, el Relator Especial de las Naciones Unidas²²⁴ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²²⁵ establecen que las consultas deben consistir en un verdadero proceso de diálogo y negociación. Estas mismas fuentes internacionales han criticado varios intentos de los Estados y empresas de evitar el diálogo genuino y su pretensión de considerar las consultas como meras obligaciones formales. La Comisión Interamericana ha denunciado la falta de buena fe evidenciada por “procesos de consulta meramente formales, una práctica desafortunadamente frecuente que ha sido denunciada consistentemente por los pueblos indígenas. Los procesos de consulta no equivalen al cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma*” (párr. 317). El Relator Especial de las Naciones Unidas, interpretando el lenguaje utilizado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha denunciado supuestas consultas “con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones”.²²⁶

La clave es que el proceso de consulta no se puede utilizar para simplemente formalizar las decisiones que ya tienen un resultado predeterminado. Un mecanismo de ese tipo indica falta de buena fe por parte del Estado y, por lo tanto, sería inválido según el derecho internacional.

Por eso la OIT afirma que el proceso de consulta no es equivalente al cumplimiento de requisitos procedimentales en que los pueblos indígenas afectados pueden expresar sus opiniones. Por ejemplo, un Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT rechazó un proceso de consulta sobre la reforma constitucional mexicana a pesar de que se celebraron audiencias con representantes indígenas en la cuales

223 CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1A), Observación Individual Bolivia, 2005, p. 510, párr. 6; CEACR, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.282/14/3, 2001, párr. 90; CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento de Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.299/6/1, 4 de junio de 2007, párr. 53. Ver también OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 62, www.ilo.org.

224 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 25.

225 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 285.

226 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46.

los representantes “se expresaron”.²²⁷ El Comité consideró inválida la consulta porque recibir las opiniones de los representantes indígenas no constituyó “un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser escuchadas pudieran, además de ser escuchadas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos” (párr. 94). Un diálogo genuino requiere, por lo tanto, algo más que un mero intercambio de opiniones en una única instancia. Un diálogo efectivo implica una serie de negociaciones donde las partes son capaces de hacer propuestas y contrapropuestas en respuesta a las preocupaciones del otro, y con el tiempo necesario para generar un clima de confianza y respeto mutuo para lograr, sin inducción a error o expresiones de arbitrariedad o autoritarismo, acuerdos entre las partes.

Volviendo a la primera categoría de indicadores de mala fe, el derecho internacional prohíbe el uso de la intimidación y otras formas de manipulación para influir en los resultados de la consulta. Una Comisión Tripartita de la OIT expresó su profunda preocupación por las denuncias de violencia física en el contexto de un proceso de consulta en Colombia.²²⁸ La Comisión Interamericana señaló que “[l]a consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia”.²²⁹ Además de prohibir cualquier tipo de violencia física contra miembros de la comunidad o su intimidación por parte del Estado o de terceros, el requisito de buena fe involucra la protección contra formas más sutiles de coerción. En este sentido, la Comisión Interamericana ha señalado:

La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales (párr. 319).

227 CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM), el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR) y el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.289/17/3, marzo de 2004, párr. 103.

228 CEACR, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.282/14/3, 2001, párr. 92.

229 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 318.

De lo anterior se deduce que las empresas estatales y privadas no pueden utilizar su poder o influencia para cooptar a miembros de la comunidad y generar ilegítimamente apoyo para sus planes. Este requisito reconoce que el proceso de consulta es susceptible de ser objeto de abuso para sembrar la división en las comunidades y para producir resultados más favorables a los intereses del Estado o de las empresas. La evidencia de corrupción u otras prácticas de manipulación es suficiente para invalidar un proceso de consulta, por ser incompatible con el carácter de buena fe que debe tener el proceso.²³⁰

4.5.2.1. Resultados de las observaciones sobre la consulta “de buena fe”

Los resultados de esta investigación ponen en duda el grado en que el gobierno chileno y los titulares privados han procedido de buena fe en sus relaciones con las comunidades indígenas. Como se planteó en el apartado anterior, los conflictos existentes en la actualidad con las comunidades mapuche tienen sus orígenes en los procesos no resueltos de discriminación y marginación histórica que han dejado a las comunidades indígenas escépticas respecto de las intenciones del Estado y sus procesos. La falta de confianza es tan grave y generalizada que el Relator Especial de las Naciones Unidas de forma explícita hizo referencia a ese problema en su informe tras su misión a Chile en 2009:

Asimismo, el Relator Especial ha constatado la existencia de un nivel significativo de desconfianza, descontento, y hasta rechazo de los planes, programas y políticas del Gobierno de parte de los pueblos indígenas, a cuya superación, estima el Relator Especial, corresponde un desafío fundamental de mejorar y garantizar la participación de los pueblos indígenas en el diseño e implementación de tales iniciativas de políticas estatales.²³¹

Se deben tomar medidas para superar la desconfianza arraigada en la historia que caracteriza la relación entre el Estado y las comunidades indígenas de la IX Región de la Araucanía. Sin embargo, esta investigación demuestra que en muchas ocasiones el Estado no ha tomado las medidas necesarias para fomentar dicho clima de confianza mutua,

230 En Colombia, por ejemplo, el Decreto con Fuerza de Ley 4.633 de 2011 de reparación integral a pueblos indígenas establece que hay lugar a reparación por daños a la autonomía y a la integridad política y organizativa de los pueblos y comunidades por consultas inapropiadas y por “[e]l ejercicio de prácticas vulneratorias como entrega de prebendas, cooptaciones o manipulaciones” (artículo 46). Ver César Rodríguez y Natalia Orduz, *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Colección Documentos de Justicia, 2012.

231 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 9.

lo cual pondría en duda la sinceridad del compromiso del gobierno y de los titulares privados para llegar a un acuerdo con las poblaciones indígenas afectadas por los proyectos de piscicultura.

El Estado no solo ha fallado en la promoción de estas medidas, sino que ha contribuido a la degradación continua de la confianza. Esta investigación revela que en algunos casos los procesos de participación ciudadana y la socialización requerida por las normas ambientales han reducido la participación indígena a una simple formalidad. Las experiencias previas de las comunidades indígenas que fueron visitadas indican que el Estado ha seguido un patrón de aprobación de los proyectos de desarrollo propuestos a pesar de las objeciones de las comunidades registradas. De hecho, las empresas presentaron documentación de la participación de las comunidades indígenas en las reuniones de socialización para demostrar que habían cumplido con uno de los elementos necesarios para obtener la aprobación estatal para sus proyectos. En este modelo de prácticas, muchos de los pueblos indígenas entrevistados por los investigadores del Consorcio consideraron que sus esfuerzos por participar en el proceso de toma de decisiones habían sido inútiles.

La acción del Estado tuvo graves consecuencias para las comunidades indígenas. En general, los resultados predeterminados de los procesos de socialización en el pasado crearon condiciones extremadamente desfavorables para entablar un diálogo genuino con respecto a los proyectos de piscicultura. El fracaso del Estado en establecer un clima de confianza mutua dejó a las comunidades indígenas vulnerables a las prácticas de manipulación de los promotores privados. Los investigadores del Consorcio recibieron múltiples informes y pruebas documentales de una serie de mecanismos ilegítimos, como que los titulares de algunos proyectos habían ofrecido recompensas monetarias u otros beneficios para obtener el apoyo de algunos sectores de las comunidades. Debido a la aprobación aparentemente inevitable del gobierno a las pisciculturas, las comunidades indígenas se enfrentaron a los titulares del proyecto con una posición débil de negociación. Varios miembros de comunidades indígenas apoyaron los proyectos a cambio de los beneficios ofrecidos por el temor a quedarse sin nada, a pesar de que no deseaban que la piscicultura se instalara. En esas circunstancias, tales acuerdos no pueden considerarse libremente concluidos o legítimos.

Por otra parte, en casi todas las comunidades visitadas por los investigadores del Consorcio se vio que la cooptación y manipulación por parte de las empresas, con la aquiescencia del Estado, ha producido una serie de conflictos internos entre los segmentos de las comunidades que recibieron algún pago o beneficio y los que recibieron poco o nada de estas ofertas. En consecuencia, en lugar de “evitar y también

resolver conflictos”, como previene la OIT,²³² los procesos de participación y socialización investigados por el Consorcio han provocado nuevas disputas y enfrentamientos.

La siguiente sección analiza los fenómenos descritos en relación con los procesos de aprobación regulatoria de pisciculturas en tres sectores: Putúe, Palguín y Cónquil. Los dos primeros dan cuenta de gran parte de las características de la puesta en práctica de los procesos que se acaba de describir. El último ejemplo, Cónquil, tiene un resultado diferente: aquí la propuesta de piscicultura no fue aprobada, como resultado de una resistencia unificada de los indígenas a las prácticas de manipulación de los desarrolladores privados. Aun así, en todos estos casos, la ausencia de buena fe por parte del Estado (y de los privados) terminó por frustrar el propósito de la consulta y contribuyó a desvirtuar el ambiente, que se volvió inconducente para un diálogo genuino entre las partes, lo que sin duda dañará las futuras relaciones entre los actores.

4.5.2.1.1. Putúe

Los acontecimientos en Putúe son un ejemplo preocupante de la manera en que la omisión del Estado de garantizar las consultas de buena fe ha impedido el diálogo genuino y ha producido conflictos entre comunidades y dentro de ellas.

El clima de desconfianza que ha permeado las interacciones entre el gobierno, los titulares privados y las comunidades indígenas locales se refleja en la transformación que Putúe ha experimentado, hasta convertirse en el “patio trasero de Villarrica”. Como se mencionó, durante los últimos doce años el gobierno ha permitido la eliminación y gestión de residuos en varios terrenos de Putúe. La participación ciudadana y los procesos de socialización, que se llevaron a cabo en conformidad con la legislación ambiental chilena, permitieron que las comunidades indígenas afectadas expresaran sus preocupaciones acerca de estos proyectos. Sin embargo, a la luz de los hechos, pareciera que el gobierno consideró los casos limitados de participación de los indígenas como un simple requisito formal para la aprobación de cada proyecto.

Uno de esos proyectos fue un vertedero industrial propuesto aproximadamente en el año 2000, que se encuentra cerca de un depósito previo. Los pueblos indígenas del sector asistieron a reuniones y llenaron formularios como parte del proceso de participación ciudadana.²³³ Juan Curimil, presidente de la comunidad Pedro Ancalef, dijo a los investigadores del Consorcio que, entre otras cosas, las comunidades se opusieron a la implementación de un segundo vertedero en su territorio,

232 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 60, www.ilo.org.

233 Entrevista personal con Juan Curimil, 16 de enero de 2011.

especialmente porque ocuparía varios kilómetros del territorio utilizado para su guillatún. Poco después, las autoridades de gobierno aprobaron la instalación del vertedero, a pesar de las objeciones de la comunidad.

El siguiente proyecto, que produjo aun más controversia, fue la planta de tratamiento de aguas residuales propuesta en 2004 y emplazada directamente frente al vertedero industrial.²³⁴ El proyecto se presentó como una DIA, la que de acuerdo con la ley chilena solo requiere reuniones de “socialización”. Miembros de las comunidades Pedro Ancalef y Epu Leufu manifestaron su oposición al proyecto en esas reuniones y ante la CONAMA.²³⁵ Con el requisito de llevar a cabo reuniones de socialización cumplido, la CONAMA aprobó el proyecto en octubre de 2004.²³⁶ Entonces los pueblos afectados presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco, que resolvió en su favor en octubre de 2005.²³⁷ Sin embargo, su victoria duró muy poco. La empresa volvió a presentar el proyecto como una Evaluación de Impacto Ambiental en mayo de 2006.²³⁸ La CONAMA llevó a cabo un proceso de participación ciudadana en el cual las comunidades reiteraron su oposición al proyecto mediante su participación en reuniones y el llenado de formularios, según cuenta Juan Curimil.²³⁹ Después de cumplir con los requisitos mínimos de la legislación chilena mediante la recopilación de las opiniones de los miembros de las comunidades indígenas y no indígenas, la CONAMA aprobó una vez más la planta de tratamiento de aguas residuales en marzo de 2007.²⁴⁰

A la luz de los hechos, los miembros de las comunidades indígenas en Putúe plantearon a los investigadores del Consorcio que desconfían de la voluntad del gobierno de considerar sus opiniones. En particular, expresaron su profundo escepticismo acerca de la participación ciudadana y los procesos de socialización, considerando que funcionan nada más que como requisitos formales que el gobierno y el titular deben cumplir como parte de un proceso con un resultado predeterminado. En palabras de Juan Curimil, “al final nos dimos cuenta de que el gobierno dijo con esos [procesos] que los mapuche fueron consultados y aprobaban (...). A nivel de gobierno ya no esperamos nada, porque

234 Sea.gob.cl, “Sistema de tratamiento de las aguas de Villarrica”, Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 24 de junio de 2004.

235 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo 1, Acta de Reunión de Socialización, 7 de febrero de 2011, p. 3.

236 Sea.gob.cl, “Sistema de tratamiento de las aguas de Villarrica”, Evaluación Ambiental, Resolución de Calificación Ambiental, 20 de octubre de 2004.

237 Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol 1.029-2005, 19 de octubre de 2005.

238 Sea.gob.cl, “Sistema de tratamiento de aguas servidas localidad Villarrica”, Evaluación Ambiental, Ingreso EIA CONAMA, 18 de mayo de 2006.

239 Ver sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo 1, Acta de Reunión de Socialización, 7 de febrero de 2011, p. 3.

240 Sea.gob.cl, “Sistema de tratamiento de aguas servidas localidad Villarrica”, Evaluación Ambiental, Resolución Exenta que califica el proyecto como ambientalmente favorable, 28 de marzo de 2007.

no hay caso”. Mario Antonio Meza, otro líder de la comunidad, se hizo eco de este sentimiento: “Varias empresas habían llegado antes con proyectos en el sector: el relleno sanitario, la planta de tratamiento de aguas servidas, etc. Pero no nos tomaron en cuenta (...) para el Estado chileno, nuestra opinión no valía nada. A todos los proyectos anteriores nos opusimos, pero igual se instalaron”.²⁴¹

Dos nuevos proyectos de piscicultura se propusieron en Putúe con tan solo cinco meses de diferencia en el año 2010. Mientras transcurría el proceso de aprobación, la postura de algunas comunidades indígenas potencialmente afectadas fue cambiando. En un primer momento, la comunidad Pedro Ancalef uniformemente rechazó los proyectos. Sin embargo, a la luz de la experiencia de la comunidad con proyectos anteriores, pronto se hizo evidente que la CONAMA probablemente aprobaría los proyectos, independientemente de la posición de la comunidad. Frente a esta realidad, algunos de sus líderes se sintieron obligados a negociar un acuerdo con las empresas para obtener algún beneficio, lo que dio como resultado una serie de acuerdos alcanzados con la piscicultura.

La Sociedad Comercial Agrícola y Forestal Nalcahue Ltda. presentó una DIA para la creación de la piscicultura Newenco en julio de 2010. En una reunión de socialización realizada en noviembre de ese año, líderes de la comunidad Pedro Ancalef expresaron su preocupación por el eventual impacto social y ambiental de dicha empresa.²⁴² El 14 de diciembre de 2010, la comunidad reiteró su preocupación y su oposición al proyecto en un informe detallado presentado ante la CONAMA.²⁴³

Un mes antes, en noviembre de 2010, la empresa acuícola Ríos Toro y Cía. Ltda. presentó una DIA para la instalación de la piscicultura Los Ríos. La comunidad, que ya desconfiaba del proceso, vaciló en ser partícipe de la etapa de socialización del proyecto y, en una reunión de socialización el 8 de enero de 2011, algunos miembros se negaron a firmar el formulario de asistencia proporcionado por la empresa y no permitieron tomar fotografías.²⁴⁴ Juan Curimil, el presidente de la comunidad, dijo a los investigadores del Consorcio que la causa de su negativa era el temor a legitimar el proceso de socialización, que inevitablemente iba a subordinar sus intereses a los de los desarrolladores.²⁴⁵ En dicha

241 Entrevista telefónica, 4 de julio de 2011.

242 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Documento de prueba para SyF y DIA (Acta de la Reunión de Socialización), 6 de noviembre de 2010.

243 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Documento de apoyo, 14 de diciembre de 2010.

244 *Íd.*

245 Marcial Colín, en entrevista personal el 26 de septiembre de 2010, señaló: “Me puedo hasta restar del proceso de consulta, sabiendo que al final termina legitimando la última decisión. Contradictorio participar en un proceso que parte viciado y que de todas maneras terminamos legitimando... Puede venir la CONAMA, toma una foto, trae un verificador, una grabación. Esto mismo podría ser una consulta, pero yo entiendo que estamos conversando, informal. No es

reunión los miembros de la comunidad expresaron sus temores a la empresa y los representantes gubernamentales presentes.²⁴⁶

Poco después de la reunión de socialización para la piscicultura Los Ríos, un funcionario de CONAMA se puso en contacto con Juan Curimil para instarlo a negociar con la empresa.²⁴⁷ Más aun, Mario Antonio Meza informó a los investigadores del Consorcio que, en una reunión posterior, los funcionarios de CONAMA les comentaron a los líderes comunales que el proyecto ya estaba programado para su aprobación: “Nos decían que, aunque nos opusiéramos, el proyecto cumplía con la normativa desde el punto de vista técnico, así que se iba a hacer igual”. Por lo tanto, las opiniones de la comunidad indígena no tendrían ningún efecto sobre la toma de decisiones de la agencia.

Frente al hecho casi consumado de su aprobación, la posición de la comunidad cambió y se decidió a entrar en un proceso de negociación con la empresa. Juan Curimil explicó las razones:

Los dirigentes de la comunidad sabían que se iba instalar la piscicultura sí o sí; no importaba lo que opinara la comunidad. Eso se sabía porque con todos los otros proyectos –el relleno sanitario, la planta de tratamiento de aguas servidas– las comunidades nos oponíamos fuertemente, pero al fin y al cabo no nos tomaron en cuenta. Así que esta vez nuestra idea era al menos sacar unos beneficios para la comunidad. Por eso negociamos con la empresa y llegamos a un acuerdo.

En una serie de apresuradas reuniones durante dos o tres semanas, un pequeño grupo de cuatro a seis líderes indígenas de la comunidad Pedro Ancalef negociaron un acuerdo con la Acuícola Ríos Toro y Cía. Ltda. El gobierno no asistió ni supervisó las negociaciones. El 24 de enero de 2011 se firmó un convenio²⁴⁸ por el cual la empresa accedió a ayudar a la comunidad a través de cuatro categorías de beneficios: a) colaborar con el desarrollo del club deportivo de la comunidad, lo que incluyó la donación de uniformes deportivos y la instalación de un nuevo campo de fútbol; b) “priorizar” el empleo de los comuneros de Pedro Ancalef en la piscicultura; c) ayudar a la comunidad en las solicitudes de subvención al Estado para proyectos relacionados con el

más que eso. Pero el gobierno siempre pretende buscar los resquicios. Así como nosotros buscamos resquicios para interpretar el Convenio, el gobierno busca resquicios para evitar el cumplimiento”.

246 Ver sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”. En particular, Evaluación Ambiental, Documento de prueba para SyF y DIA, 8 de enero de 2011. “En resumen, no aceptan la socialización del proyecto, por cuanto las instituciones del Estado la utilizan para aprobar los proyectos, aun cuando la comunidad hubiese manifestado su oposición al proyecto, es decir, su opinión no se considera y prueba de ello es la aprobación de la planta de tratamiento de aguas servidas de Villarrica”.

247 Entrevista personal con Juan Curimil, 3 de julio de 2011.

248 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”. Acuerdo de Comunidad.

deporte, la cultura y la infraestructura, y d) facilitar la construcción de un nuevo centro comunitario que contaría con mejores instalaciones y muebles. Por su parte, la comunidad Pedro Ancalef se comprometió a dar un “apoyo permanente” a la piscicultura. Firmaron en nombre de la comunidad Juan Curimil (presidente), Mario Antonio Meza (vicepresidente y tesorero), Daniel Garrido Sanhueza (secretario) y Carlos Alfonso Marín (consejero). La CONAMA aprobó la DIA para la piscicultura Los Ríos en abril de 2011.²⁴⁹

A continuación, algunos de estos líderes se enfrascaron en una serie similar de negociaciones con la Sociedad Comercial, Agrícola y Forestal Nalcahue Ltda., que dio como resultado un conjunto de acuerdos mucho más lucrativos para la comunidad Pedro Ancalef. Todos los acuerdos se formalizaron ante un notario el 26 de mayo de 2011. El primero, suscrito entre la empresa y la comunidad representada por Juan Curimil y Daniel Garrido,²⁵⁰ señala que la comunidad da su aprobación a la piscicultura Newenco, y que la empresa se compromete a pagar a la comunidad \$ 5 millones de indemnización por los posibles efectos negativos de la operación, más 100 mil pesos mensuales por un período de veinte años, es decir \$ 24 millones adicionales. Todos los compromisos financieros de la empresa están condicionados a la aprobación de la piscicultura por la CONAMA.

El segundo acuerdo se pactó entre la empresa y tres hermanos de la familia Garrido,²⁵¹ uno de los cuales es el secretario de la comunidad y fue uno de los firmantes del primer acuerdo. El segundo establece que los hermanos dan su aprobación a la piscicultura y la empresa se compromete a pagar, a cada familia, una indemnización de \$ 1 millón, así como un pago adicional de 100 mil pesos por 48 meses. Al igual que en el primer acuerdo, este condiciona el pago a la aprobación de la piscicultura por CONAMA.

Un tercer acuerdo, entre José Antilef y la Sociedad Comercial Agrícola y Forestal Nalcahue Ltda., consta de una promesa de compraventa de un predio indígena.²⁵² A través de una escritura pública del 23 de mayo de 2011, José Antilef se compromete a vender un predio correspondiente al lote dos, con una superficie de 3,5 hectáreas, y la Sociedad Nalcahue a comprarla por un monto de \$ 24.500.000, al contado y en dinero. La compraventa tenía como condición fundamental la aprobación del proyecto, y entre otros requisitos destaca la exigencia de que el terreno no sea considerado territorio indígena,

249 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Resolución de Calificación Ambiental (RCA), 26 de abril de 2011.

250 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Adenda 3, 20 junio de 2011. Ver en particular Anexo 7, “Acuerdo notarial comunidad Pedro Ancalef”.

251 Id. “Acuerdo familia Garrido”.

252 Id. “Promesa compraventa terreno para fines culturales”.

para que al momento de la compraventa cumpla con todo lo exigido por la ley pertinente.²⁵³ Por último, ambas partes dejan constancia de que el predio será utilizado para fines culturales, en provecho o beneficio de las comunidades indígenas de Putúe, de modo que la empresa se compromete a transferirlo gratuitamente a la organización comunitaria competente en materia cultural, cuyo presidente también es José Antilef. La CONAMA aprobó la piscicultura Newenco el 28 de julio de 2011.

Según los líderes indígenas en Putúe, un sentimiento de desesperación e impotencia los llevó a entrar en negociaciones con las empresas de piscicultura, luego de ver cómo el gobierno aprobaba proyectos pese a las objeciones de las comunidades. Los acuerdos reflejan el deseo de las comunidades de beneficiarse en alguna medida de una situación que parece inevitable. Como se sintieron forzados a negociar, algunos dirigentes plantean que ellos y otros comuneros no llegaron a un acuerdo con las empresas de forma libre y autónoma.

Muchas veces, los marginales beneficios económicos que ofrece un titular operan como oportunidades para satisfacer una serie de necesidades que por ahora el Estado no cubre en los territorios indígenas. Por esa razón los contratos no califican como acuerdos alcanzados por un proceso de negociación de buena fe, como exige el Convenio 169 y el derecho internacional.

4.5.2.1.2. *Palguín*

En conversaciones con los investigadores del Consorcio, muchos de los miembros de las comunidades indígenas cercanas al río Palguín expresaron una profunda desconfianza hacia el Estado, que tendría sus raíces, como se mencionó, en lo que para ellos es un proceso histórico de discriminación del Estado chileno hacia los pueblos indígenas, especialmente al pueblo mapuche. Por ejemplo, Jorge Tignado, secretario de la comunidad Llafenco, vinculó la falta de confianza a la invasión histórica del territorio mapuche por parte del Estado.²⁵⁴

Además, el patrón de las decisiones del Estado en la región da cuenta de una predisposición a favorecer los intereses privados o corporativos por sobre los de los pueblos indígenas, cuestión que sin duda ha empeorado el problema. En el área de Palguín, por ejemplo, Jorge Tignado señaló su impotencia porque le es imposible garantizar los derechos de agua para el uso agrícola de subsistencia en su pequeña

253 Ver Ley 19.253, artículos 12-19.

254 "He vivido acá toda la vida. El nombre de la comunidad es el nombre del primer lonko de la comunidad, él vino cuando no había ningún habitante, solo cerro y montaña. Ellos vinieron a colonizar la zona. No son más de 115-120 años atrás. Pero como vemos, rápidamente ha sido poblada la zona, la comunidad tuvo un título de merced, una pérdida de territorio que todavía hoy día no podemos recuperar a pesar de que hay leyes. Insisto, los derechos de las comunidades mapuche el gobierno no los toma en cuenta. Es una lucha bastante contra la corriente".

granja familiar, ubicada a lo largo del río Palguín, debido fundamentalmente, según el testimonio de personas cercanas, a que el Estado ya habría vendido las concesiones para usar los derechos de agua en el río a empresas privadas y personas.

Como consecuencia de este proceso histórico de marginación, unido a una serie de políticas desfavorables, los pueblos indígenas en Palguín manifestaron su poca fe en la voluntad del gobierno de trabajar con ellos para mejorar el nivel de vida en sus comunidades. Mientras que la comuna de Pucón muestra grandes progresos en varios proyectos de desarrollo y turismo patrocinados por el Estado, las economías de las comunidades indígenas de los alrededores se han estancado. Manuel del Carmen Rivera Huilipán, presidente de la comunidad Llafenco, planteó a los investigadores del Consorcio que las decisiones desfavorables para las comunidades indígenas se reiteran ante los órganos de gobierno, como ocurrió con la decisión de la Corte Suprema en el caso de Palguín Bajo, que produjo que la comunidad se sintiera en gran medida discriminada. “Estas decisiones nos dejan como un soldado en la guerra sin armas. Siempre he dicho esto. Es como ir a la batalla sin arma”.²⁵⁵

En este contexto, la Sociedad Agrícola Ltda. Terratur presentó una DIA para la piscicultura Palguín el 18 de noviembre de 2007. El inversionista principal era un desarrollador con sede en Santiago que antes había comprado un terreno en el sector para un negocio de turismo.²⁵⁶ El director del proyecto fue también el director de otra piscicultura (Chalhuamapu), ubicada a orillas de un río cercano.²⁵⁷ Durante las dos primeras reuniones de socialización, que se llevaron a cabo en mayo de 2009, los miembros de la comunidad de Palguín Bajo y Llafenco expresaron su oposición general al proyecto. A partir de entonces, representantes de la empresa han utilizado una serie de tácticas coercitivas con el fin de fracturar las relaciones dentro de las comunidades y allanar así el camino para la aprobación del proyecto. El titular de la piscicultura, por ejemplo, intentó pagarle a Sonia Ñanco, uno de los oponentes más locuaces.²⁵⁸ Al principio, el entonces presidente de la comunidad Palguín Bajo se opuso al proyecto. Sin embargo, se encontraba sin trabajo desde hacía varios años y tenía, en consecuencia, grandes dificultades para mantener a su familia. Un representante de la empresa le ofreció un trabajo seguro de por lo menos cinco a seis años en la piscicultura a cambio de su apoyo, a lo

255 Entrevista personal con Manuel Rivera, 13 de enero de 2011.

256 Entrevista personal con Jorge Tignado, 13 de enero de 2011, y con Rosa Saldía Fuentes, 3 de julio de 2011.

257 Entrevista personal con Álvaro Sepúlveda, 18 de enero de 2011.

258 “Vino en tres oportunidades. En la última oportunidad vino a ofrecerme plata para que yo le diera la firma. La firma de la junta de vecinos le sirve mucho a él (...) me preguntó si podíamos llegar a un arreglo con dinero”.

cual terminó por acceder.²⁵⁹ La compañía ofreció puestos de trabajo a otros miembros de la comunidad a cambio de su apoyo al proyecto.²⁶⁰ Alejandro Puelma relata que la compañía además hizo arreglos para proveer a varias familias de una fuente de agua potable. Los investigadores del Consorcio también recibieron informes de que la compañía había pagado a miembros de la comunidad para recolectar firmas o firmar una petición a favor del proyecto. Aunque no se pudo verificar esta información, más adelante se desacreditó una colección de firmas en apoyo a la piscicultura que la empresa había presentado a la CONAMA: dos miembros de las comunidades revisaron las firmas con los investigadores del Consorcio, e indicaron que por lo menos 51 de los 161 firmantes no viven en las comunidades afectadas y que por lo menos dos firmas fueron falsificadas.²⁶¹

En lugar de generar las condiciones para un diálogo genuino y de buena fe, estas tácticas catalizaron un conflicto entre los propios indígenas. Al asegurar el apoyo de solo algunos miembros de las comunidades a través de promesas de beneficios económicos y materiales, la compañía creó una división y enfrentó una facción contra otra al interior de las dos comunidades afectadas. Alejandro Puelma Epulef, el presidente de la comunidad Palguín Bajo, fue removido de su cargo; Mariano Puelman se presentó como el lonko de la comunidad e interpuso un recurso de protección en contra del proyecto, lo que dio lugar a una prolongada batalla sobre las legítimas pretensiones de sucesión del siguiente líder de la comunidad.²⁶²

La hostilidad entre las facciones era aún evidente cuando los investigadores del Consorcio visitaron Palguín Bajo y Llafenco, durante 2010 y 2011. En septiembre de 2010 asistieron, entre otras, a una reunión comunitaria en Palguín Bajo, la que rápidamente derivó en un fuerte enfrentamiento verbal. Muchos miembros de la comunidad dudaban si hablar con los investigadores del Consorcio por temor a desestabilizar aun más la situación; otros decidieron hablar solo bajo condición de anonimato, lo que da cuenta del tenso clima que ha generado el interés legítimo –pero mal canalizado– de invertir en proyectos de pisciculturas en la región.

259 Entrevista personal con Sonia Ñanco, 21 de septiembre de 2010, y entrevista personal con Alejandro Puelma Epulef, 14 de enero de 2011.

260 Entrevista con Rosa Saldías Fuentes, 3 de julio de 2011, y con Margarita Martínez, 14 de enero de 2011.

261 Las dos entradas falsificadas fueron identificadas porque estaban escritas con la misma letra y firmadas con el nombre de “Llafenco”, que es el nombre de la comunidad, no el de una persona.

262 Los investigadores del Consorcio tuvieron acceso a una carta relativa a esta materia de Alejandro Puelma Epulef, Silvia Rivera Lefiñanco y Lucio Antimilla Ñanco dirigida a Álvaro Marifin Hernández (director nacional de CONADI), que data del 26 de enero de 2010.

4.5.2.1.3. Cónquil

Las interacciones entre el gobierno y la empresa, por una parte, y las comunidades indígenas en Cónquil, por otra, tienden a confirmar que los procesos de consulta no han procedido de buena fe. Las experiencias de las comunidades del sector con la participación ciudadana y los procesos de socialización sugieren que el gobierno los considera una mera formalidad, en lugar de generar una lógica de diálogo genuino. Los indígenas informaron a los investigadores del Consorcio que un proceso de participación ciudadana llevado a cabo desde hacía varios años consistía únicamente en que los miembros de la comunidad llenaran un formulario.²⁶³

Por otra parte, la aprobación constante de los proyectos de desarrollo en el sector, incluyendo varias pisciculturas, evidencia que el gobierno no ha permitido de buena fe que las comunidades indígenas influyan en los procesos de toma de decisiones. La CONAMA ha aprobado anteriormente pisciculturas a lo largo de los ríos Huincacara y Voipir (ambos en la frontera con Cónquil) pese a las objeciones presentadas por las comunidades durante las reuniones de socialización.²⁶⁴

Debido a estos acontecimientos, las comunidades creen que los procedimientos de socialización y consulta se han realizado únicamente porque el gobierno considera que debe cumplir con ese requisito formal. Las comunidades en Cónquil, en la voz de José Quilinpán, explicaron que creían que las fotografías, las minutas y las hojas de asistencia se utilizarían como prueba de que los requisitos mínimos impuestos por la ley ambiental y la ley indígena se habían cumplido. De hecho, los representantes de la empresa presentaron un registro fotográfico y notas de la reunión de socialización a la CONAMA como prueba de que el proceso de socialización se había ejecutado correctamente.²⁶⁵ La comunera Patricia Huilpán resumió el sentimiento de las comunidades de la siguiente forma: “No me interesa participar en una consulta si solo se trata de cumplir un requisito en la medida de aprobar un proyecto, sin que importe para nada la voluntad de las comunidades afectadas”. Y el actual consejero de la CONADI Marcial Colín señaló que “todos estos procesos que suceden en el mundo mapuche siempre terminan favorablemente a las empresas o a lo que el Estado quiere”.

La desconfianza se ha agravado por las prácticas de manipulación de las empresas privadas para comprar apoyo para sus proyectos. José Quilinpán, líder indígena de Cónquil, describió a los investigadores del

263 Entrevista personal con dirigentes en Cónquil, 18 de enero de 2011.

264 Ver, por ejemplo, sea.gob.cl, “Regularización piscicultura Huincacara”, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento con observaciones a la DIA”, 26 de octubre de 2007. En aquella instancia la CONADI señaló que el proyecto no había considerado a la comunidad indígena Juan Llancapichun ni la realización de la participación ciudadana, conforme al artículo 34 de la Ley 19.253. También entrevista personal con dirigentes en Cónquil, 18 de enero de 2011.

265 Ver sea.gob.cl, “Modificación y ampliación piscicultura Quilientue”, Anexo 14, Informe de Socialización.

Consortio que los representantes de la piscicultura en el río Huincacara, en la orilla sur del lago Villarrica, utilizaron la manipulación económica. Quilipán informó que durante las primeras etapas del proceso de socialización la empresa ofrecía puestos de trabajo a los miembros de la junta de vecinos antes de presentar el proyecto al resto de la comunidad.²⁶⁶ Cuando el resto de la comunidad se enteró del proyecto y expresó sus preocupaciones, la CONAMA ya lo había aprobado. Patricia Huilipán planteó a los investigadores del Consorcio que, en 2010, los representantes de la piscicultura Quilentue intentaron utilizar la misma táctica, pero las comunidades rechazaron la oferta debido a sus experiencias en Huincacara. Las comunidades indígenas se sienten amenazadas por los titulares privados y desconfían de que el Estado realmente atienda a sus preocupaciones, y mucho menos que tomen decisiones que respeten sus derechos y protejan sus intereses sobre los de los inversionistas privados.

Las acciones de los funcionarios gubernamentales y de los representantes de las empresas privadas han contribuido a crear un ambiente marcado por el escepticismo, la desconfianza y la frustración. El Estado chileno aún no ha tomado medidas positivas para fomentar la confianza con las comunidades indígenas y enmendar su incapacidad para generar el necesario grado de respeto mutuo que la OIT considera fundamental para la superación de una base histórica de desconfianza. Así, es poco probable que los procedimientos de consulta diseñados e implementados por el gobierno cumplan con el requisito de buena fe establecido en el artículo 6 del Convenio 169 y otras fuentes internacionales.

4.5.3. Consultas informadas

El derecho internacional exige que las consultas sean “informadas”. En otras palabras, los Estados deben proporcionar información completa y fidedigna a las comunidades indígenas afectadas en relación con la medida que se consulta. En el caso *Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la obligación de consultar “requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”.²⁶⁷ La Corte expuso que el Estado “debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”. Del mismo modo, un Comité Tripartito de la OIT

266 Entrevista personal con dirigentes en Cónquil, 26 de septiembre de 2010 y 18 de enero de 2011

267 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 133.

hizo hincapié en la obligación del gobierno de informar a las comunidades indígenas de las medidas legislativas o administrativas que requieran consulta. El Comité Tripartito describió la obligación del Estado de establecer procedimientos válidos de consulta enfatizando en la necesidad de “facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo efectivo”.²⁶⁸

La obligación del Estado de garantizar que las consultas sean informadas está relacionada directamente con el principio de participación, contemplado en el artículo 7.1 del Convenio 169, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar sus prioridades y estrategias para el desarrollo y uso de sus territorios y los recursos que figuran en él, así como para participar en la formulación, implementación y evaluación de los planes de desarrollo del gobierno.²⁶⁹ Según explica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “el acceso a la información es un requisito previo para la participación pública en la toma de decisiones”.²⁷⁰ Por lo tanto, el gobierno está obligado a proporcionar información sobre el contenido, propósito y posibles consecuencias de los planes de inversión o de desarrollo para que los representantes indígenas puedan sopesar las diversas consideraciones y evaluar con precisión la situación a la luz de todas las circunstancias. Solo si se cumplen estas condiciones los pueblos indígenas pueden determinar efectivamente sus prioridades de desarrollo.

Durante el proceso de consulta, los pueblos indígenas deben contar con la información necesaria para tomar decisiones informadas con libertad. En este contexto, el derecho internacional establece que deben tener conocimiento de los posibles riesgos que implica el proyecto, en especial los relacionados con la salud y los daños ambientales.²⁷¹

El requisito de que las consultas sean informadas es particularmente importante en vista de los patrones históricos de marginación. Siglos de discriminación contra los pueblos indígenas han excluido a muchos de ellos de las esferas socioeconómicas y políticas del Estado. El Relator Especial de las Naciones Unidas señaló que ello produce diferencias sustanciales de información entre los gobiernos o los inver-

268 CEARC, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento de Guatemala del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1 (2007), párr. 53.

269 Ver CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 310.

270 *Id.*, párr. 309, citando CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

271 Ver Corte IDH, *caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 129 y 133; ver también CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

sionistas y las comunidades indígenas afectadas por sus planes.²⁷² Las barreras que limitan el acceso a la información y recursos dejan a los pueblos indígenas vulnerables ante representantes mejor documentados del Estado o las empresas.

En este contexto, los Estados deben asegurar que en los procesos de consulta los pueblos indígenas cuenten con la debida asistencia técnica independiente. Este requisito corolario es especialmente relevante en el contexto de los estudios de impacto ambiental y social de alta complejidad técnica, que requieren conocimiento especializado. El Relator Especial de la ONU afirmó que “los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten” (párr. 54). De manera similar, la Comisión Interamericana declara que los Estados deben proporcionar asistencia técnica a las comunidades indígenas consultadas cuando sea necesario.²⁷³ Sin embargo, la prestación de asistencia técnica o de otra índole proporcionada por el Estado no debe utilizarse como pretexto para la manipulación. El Relator Especial advierte que esa asistencia no se debe utilizar “para influir en las posiciones indígenas en las consultas”.²⁷⁴ Para evitar tal abuso, es crucial que la asistencia técnica que se presta a los pueblos indígenas sea objetiva e independiente. En este sentido, la prestación de asistencia independiente y objetiva se debe comprender como un medio indispensable para que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente su derecho a la autonomía.²⁷⁵ No es suficiente con que el Estado proporcione información a los pueblos indígenas, sino que en la práctica debe proporcionar toda la información relevante *efectivamente* y debe asegurarse de que los datos puedan ser utilizados por los pueblos indígenas en sus propios procesos de decisión.

Si bien es cierto que el Estado tiene la obligación positiva de proporcionar toda la información necesaria a los grupos indígenas durante el proceso de consulta, la obligación de consultar no se cumple de ninguna manera con el simple suministro de información. En numerosas

272 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 50: dadas las “realidades históricas sumamente antiguas y complejas (...) pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas”.

273 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 312.

274 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 70.

275 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.LV/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 312.

ocasiones, la OIT ha sido llamada a resolver las controversias que ponen en entredicho la validez de las supuestas “consultas”, que consisten en poco más que sesiones informativas. En repetidas ocasiones, las Comisiones Tripartitas de la OIT han rechazado el alegato que pretende demostrar que estas sesiones de información cumplen con el deber del Estado de consultar, y han concluido que “una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”.²⁷⁶ La Comisión de Expertos también señala que una serie de “talleres de socialización” tampoco cumple con los requisitos del tratado.²⁷⁷ Las comunidades indígenas no deben ser meros oyentes pasivos, sino participantes activos cuya agencia debe ser facilitada por el mecanismo de consulta, según consta en los artículos 6 y 7 del Convenio 169. La entrega de toda la información relevante acerca de un proyecto es necesaria para que los pueblos indígenas puedan participar de manera significativa en el mecanismo de consulta. Sin embargo, el intercambio de información no es en sí suficiente para que el Estado cumpla con los requisitos mínimos contemplados en el Convenio que lo rige.

4.5.3.1. Resultados de las observaciones sobre la consulta informada

Debido a lo dispuesto en la ley indígena y en las leyes sectoriales del medio ambiente, el gobierno chileno y los inversionistas privados han centrado sus interacciones con las comunidades indígenas en el suministro de información para “socializar” los proyectos de piscicultura en la Región de la Araucanía. Sin embargo, las actividades de “socialización” que describen los miembros de la comunidad Llafenco, Palguín Bajo, Cónquil y Putúe no cumplen con los estándares internacionales requeridos para ser considerada una consulta informada. En primer lugar, las sesiones informativas estuvieron marcadas por un grave sesgo debido a que fueron controladas en gran parte por los inversionistas privados, quienes evidentemente enfatizaron los aspectos positivos de sus proyectos, mientras omitían información crucial y necesaria para una evaluación objetiva de las propuestas. Además, el gobierno no monitoreó estas reuniones adecuadamente para garantizar que las comunidades recibiesen información completa sobre las pisciculturas propuestas.

En segundo lugar, las reuniones no proporcionaron a los miembros de las comunidades indígenas suficiente información acerca de los

276 Ver CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), GB.282/14/2, 2001, párr. 38; CEARC, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.282/14/3, 2001, párr. 74.

277 CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III, (Parte 1A), Observación Individual sobre el Convenio 169, Perú, 2010, p. 902.

riesgos ambientales y de la salud asociados con los proyectos propuestos. Además, como se ha dicho, el Estado no ofreció asistencia técnica independiente a los miembros de las comunidades para analizar la información altamente especializada que a menudo se encuentra en las presentaciones. Por último, no se constituyeron mecanismos alternativos a través de los cuales los pueblos indígenas pudiesen haberse involucrado en el desarrollo y evaluación de proyectos; por lo tanto, el simple suministro de información a través de reuniones de socialización fue el único medio utilizado por el Estado y las empresas privadas para poner en práctica los procedimientos de “consulta”. Este es un ejemplo paradigmático del modelo de “socialización” que rechazan la OIT y otras fuentes internacionales.

A la luz de las normas internacionales para la consulta, una deficiencia estructural y fundamental en el proceso de socialización es que los inversionistas privados han dominado las reuniones. En Palguín Bajo y Llafenco, representantes de la piscicultura Palguín organizaron las primeras reuniones de socialización en cada comunidad de forma independiente, es decir, sin la presencia de representantes estatales. Del mismo modo, representantes de la empresa celebraron la reunión de socialización para la piscicultura Quilentue en Cónquil sin participación alguna de representantes de la CONAMA, CONADI o de la municipalidad. En Putúe, un funcionario de CONAMA asistió a la reunión de socialización para la piscicultura en Los Ríos, pero se limitó a señalar que el papel de la agencia era evaluar el proyecto, y fue un representante de la empresa quien presentó el proyecto y respondió a las preguntas de los asistentes.²⁷⁸

Por lo general, las comunidades indígenas se enteraron de los proyectos de piscicultura en estas reuniones de socialización. Por lo tanto, no tenían información independiente u objetiva para impugnar o contextualizar la presentación realizada por los representantes de la empresa. La disparidad de la información ha creado una dinámica de poder, de modo tal que las empresas pueden describir su proyecto de forma más favorable a sus intereses²⁷⁹ y omitir de forma selectiva información necesaria para que los miembros de la comunidad puedan evaluar objetivamente la información.

Una de las principales formas en que los representantes de las empresas han abusado de las dinámicas de poder en las reuniones de socialización es en el suministro de información engañosa con respecto a las oportunidades de empleo. Las pisciculturas podrían proporcionar una fuente limitada de empleo, pero muchos de sus representantes

278 Sea.gov.cl, “Piscicultura Los Ríos”, y entrevista personal con Juan Curimil, 16 de enero de 2011.

279 Eva Carvallo señaló que “el dueño expuso su proyecto, habló de que el proyecto era una maravilla”. Entrevista personal, 21 de septiembre de 2010.

han tergiversado el alcance de puestos de trabajo de largo plazo. En una reunión de socialización en Palguín Bajo, por ejemplo, un representante de la empresa trató de obtener el apoyo de la comunidad afirmando que habría veinte a treinta puestos de trabajo disponibles para los miembros de la comunidad local, según cuentan Héctor Paillalef y Jorge Tignado, sin embargo solo estarían disponibles durante la fase de construcción del proyecto; más tarde, el 18 de enero de 2011, un representante de la compañía dijo a los investigadores del Consorcio que solo serían unos diez puestos estables. Basados en la experiencia con otras pisciculturas de la zona, muchos pueblos indígenas temen que la cifra final sea mucho menor. De hecho, en la última visita que los investigadores realizaron a la zona, en junio de 2012, algunos indígenas del sector comentaban que habían dejado de recibir noticias del titular del proyecto y que la construcción de la piscicultura estaba detenida, sin que hubiese indicación de los motivos para ello.

Los puestos de trabajo estables requieren de un nivel de capacitación técnica y especializada que es escaso o nulo en los comuneros indígenas. Por lo tanto, comúnmente las empresas de piscicultura contratan a técnicos de otras regiones, lo que disminuye drásticamente las oportunidades económicas para la población local.²⁸⁰ Sin embargo, a menudo se omitió esta información en las reuniones de socialización.

El suministro selectivo de información sobre la naturaleza y el alcance del trabajo que ofrecen las pisciculturas es especialmente problemático dada la necesidad extrema y la falta de oportunidad económica que prevalece en muchas comunidades indígenas.²⁸¹ En este contexto, algunos miembros de las comunidades indígenas han dado su apoyo a las pisciculturas bajo la condición expresa de que van a recibir un trabajo estable y por lo tanto adquirir una fuente de ingreso a largo

280 La hija de Mariano Puelman contó a los investigadores de sus intentos por encontrar trabajo en una de las pisciculturas cercanas que había hecho promesas similares sobre la contratación de miembros de la comunidad: "Fui a buscar trabajo y me entrevistaron, pero no me llamaron. Llamaron a una amiga. La tuvieron como dos meses y la despidieron porque le dijeron que se necesitaba gente que estudiara para eso. Resulta que solamente queda gente de afuera que está trabajando allá, gente de Puerto Montt. Habían prometido que iba a haber harto trabajo, pero no cumplieron". También entrevista con Irma Reselda Alle Antinao, 21 de septiembre de 2010. En la entrevista con comunidades indígenas en Cónquil, 26 de septiembre de 2010, se describe que los titulares llegan "con el cuento de que los trabajadores, ingenieros, técnicos, iban a tener trabajo. Uno tiene que ser consciente de que esos trabajos son de períodos chicos. En estas empresas de piscicultura arman grupos: un grupo de tantas personas para tal trabajo. Los primeros, más de tres meses no van a gastar. Al grupito le dan tres meses y lo echan para fuera. Al otro grupo, también. Llega el año y ya no queda gente del sector".

281 En Putúe, la implementación de proyectos no deseados pese a las objeciones de la comunidad es continua. Por eso, algunos miembros han expresado su apoyo a regañadientes a un proyecto de piscicultura con la esperanza de por lo menos encontrar trabajo. Este apoyo cualificado parece derivar de la falta de alternativas laborales serias, y no de un deseo sincero de que se construya la piscicultura. Juan Curimil: "Ellos son los mismos que no quieren [la piscicultura]. Pero como ya nos dimos como derrotados nosotros, dicen bueno, ya la van a instalar. Si nos dan trabajo, trabajemos".

plazo.²⁸² Los representantes de las empresas se han aprovechado del control de información acerca del empleo a largo plazo, con lo que han debilitado a la comunidad a través de la escisión de sus miembros en un segmento que está dispuesto a ceder y apoyar el proyecto debido a la necesidad económica extrema, por una parte, y otro segmento que se mantiene escéptico sobre las promesas de las empresas. Héctor Paillalef, actual presidente de la comunidad Palguín Bajo, señaló a los investigadores la forma en que los inversionistas privados utilizan esta táctica en su comunidad:

Eso es el asunto, en base a promesas, en base a negociaciones que uno no conoce, al fin y al cabo tú divides. Es un tremendo problema. Porque tú tienes liderazgo dentro de un grupo y llevas a este grupo hacia tu forma de pensar, pero no miran la parte global del asunto. Claro, va a haber trabajo, pero es trabajo de dos o tres meses, ¿y después qué van a hacer si no saben trabajar en una piscicultura?

Los inversionistas privados, que proporcionan información parcial y sesgada sobre posibles puestos de trabajo, han impedido que las comunidades indígenas tomen decisiones informadas por sí mismos, incurriendo así, como se mencionó, en una práctica que se asemeja más a una forma de cooptación.²⁸³

Otra forma en que el proceso de socialización ha incumplido con las normas internacionales para la consulta previa es que no han proporcionado a las comunidades afectadas información sobre la salud y posibles riesgos ambientales asociados con los proyectos. En cambio, los representantes de las empresas las han utilizado para tratar de convencer a los comuneros de que no habría tales riesgos.

En Palguín Bajo y Llafenco, representantes de la empresa que lideraron las reuniones de socialización negaron que la piscicultura pudiera producir riesgos sanitarios o ambientales. Por ejemplo, miembros de la comunidad dijeron a los investigadores del Consorcio que los representantes de la empresa habían afirmado que la instalación y operación del criadero de salmónes no afectaría el flujo del agua ni a los peces del río. Los comuneros que habían asistido a las reuniones no lograron recordar la presentación de evidencia para apoyar esta afirmación. Sin embargo, fueron testigos de los efectos negativos en la salud y el medio

282 Entrevista personal con Alejandro Puelma Epulef, 14 de enero de 2011.

283 "Yo espero que la cooptación no sea parte del proceso de consulta y eso es lo más grave. Hay distintas formas de cooptar: primero llegan ofreciendo trabajo (...) por último también terminan los ofrecimientos económicos, donde muchos hermanos caen. Eso tiene que ver con conductas de mala fe y de extrema necesidad de muchos de nuestros dirigentes, como ha pasado con el territorio (...) nos consta que pasa eso", señaló Marcial Colín, 26 de septiembre de 2010.

ambiente de otras tres pisciculturas en el sector.²⁸⁴ Cuando se consultó a los representantes de la empresa sobre la posibilidad de que estos efectos emanaran de la nueva piscicultura, expresaron una postura defensiva en lugar de ofrecer información objetiva: “¿Por qué tengo que pagar los platos rotos del otro?”, respondió el representante de la empresa, según recordó Jorge Tignado, secretario de la comunidad Llafenco. Y Sonia Ñanco, líder comunitaria en Llafenco, enfáticamente dijo a nuestros investigadores que “aquí nadie vino a informarnos del daño que iba a causar la piscicultura, cómo nos iba a perjudicar a nosotros y al río”.

Del mismo modo, la presentación que los representantes de la empresa efectuaron en la reunión de socialización en Cónquil no se refirió a los peligros para la salud o el medio ambiente que podría producir la piscicultura. La presentación en PowerPoint describía los puestos de trabajo y otros beneficios que la empresa ofrecía, los tipos de instalaciones de la piscicultura y la cantidad de pescado que se produciría.²⁸⁵ No contenía ninguna información sobre las posibles consecuencias que la piscicultura podía tener en el entorno y las comunidades.

En Putúe, representantes de la piscicultura Newenco solo proporcionaron información parcial acerca de los impactos ambientales del proyecto en una reunión de socialización. Los comuneros que asistieron no recibieron un análisis objetivo de los posibles efectos, sino solo la perspectiva de la empresa. Por ejemplo, la presentación de la empresa incluía información sobre las medidas que se tomarían para reducir los impactos ambientales, tales como el uso de un sistema de filtración de aguas antes de regresar los residuos al río.²⁸⁶ Cuando los miembros de la comunidad preguntaron por el efecto que la piscicultura podría tener sobre la calidad del agua o el flujo de la corriente, la única respuesta que recibieron fue que la empresa cumpliría con las leyes chilenas del medio ambiente, y que la piscicultura no produciría daños ambientales, de salud o sociales.²⁸⁷

La falta de información independiente y objetiva sobre las consecuencias potenciales de las pisciculturas para la salud y el medio ambiente refuerza las asimetrías de información entre empresas privadas y el gobierno, por una parte, y las comunidades indígenas afectadas, por la otra. Los inversionistas privados poseen información detallada

284 Entrevista personal con Irma Reselda Alle Antinao, 21 de septiembre de 2010; entrevista personal con Sonia Ñanco, 13 de enero de 2011; entrevista personal con Margarita Martínez, 14 de enero de 2011; entrevista personal con Marcial Puelma Huepuleu, 13 de enero de 2011; entrevista personal con Irma Epulef Railef, 14 de enero de 2011, y entrevista personal con dirigentes en Cónquil, 18 de enero de 2011.

285 Sea.gob.cl, “Modificación y ampliación piscicultura Quilientue”, Anexo 14, Informe de Socialización.

286 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Adenda 1, Anexo 8, 23 de noviembre de 2011.

287 Sea.gob.cl, “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Documento de prueba para SyF y DIA (Acta de la Reunión de Socialización), 6 de noviembre de 2010.

sobre la entrada y salida de productos químicos y biológicos en las pisciculturas y por lo tanto están en mejores condiciones de prever los posibles efectos dañinos a largo plazo. Debido a que han sido ellos quienes han controlado la agenda de las reuniones de socialización, se les ha permitido no revelar esta información, o incluso ocultarla durante sus presentaciones. En Palguín Bajo, Héctor Paillalef, actual presidente de la comunidad indígena, describió a los investigadores del Consorcio cómo esta desigualdad estructural puede influir en la forma en que su comunidad percibe el proyecto:

Tarde nos dimos cuenta de todos los daños que podían ser; pero engañados de cierta forma por todo lo lindo que aparece en los papeles. El hombre [representante de la empresa] presenta un proyecto, y hasta yo me enamoro de él porque su proyecto es tan bonito.

El requerimiento de información de la consulta está destinado a corregir el desequilibrio de información que a menudo existe entre ambas partes. Sin embargo, en Chile la práctica de "socialización" menoscaba este objetivo al permitir que representantes de la empresa proporcionen una descripción incompleta o inexacta de los efectos que el proyecto podría tener en las comunidades cercanas, sin la disponibilidad de evaluaciones independientes para contrarrestar su análisis.

El hecho de que el Estado no haya prestado asistencia técnica independiente a las comunidades indígenas aumenta la probabilidad de que se acentúen las asimetrías de información. La necesidad de asistencia técnica y objetiva es especialmente importante en el contexto de las pisciculturas, toda vez que la tecnología que utilizan es altamente especializada y requiere un conocimiento técnico sofisticado. Por ejemplo, algunos de los componentes cruciales de las pisciculturas, en términos de la comprensión de sus efectos potenciales a largo plazo sobre el medio ambiente y las comunidades cercanas, son los sistemas de filtración de agua y de tratamiento químico utilizados para procesar los residuos.²⁸⁸ Estos sistemas son complejos y requieren de un conocimiento científico de la mecánica, química e ingeniería ambiental. Además, es difícil calcular el impacto de la desviación del agua de las corrientes fluviales, en particular por el alto grado de variación estacional en el caudal que experimentan muchos de los ríos de la Araucanía.²⁸⁹ Por otra parte, los regímenes jurídicos y reglamentarios que

288 Ver sección 3.3.2., "Impactos ambientales y sanitarios de la crianza del salmón".

289 En 2011 la Región de la Araucanía tuvo una precipitación anual de 1.157,4 mm, según www.meteochile.cl. De hecho, la necesidad de contar con información específica de la región es una preocupación de la Dirección Nacional de Aguas; ver "Dirección Nacional de Aguas licita estudio hidrogeológico de la Araucanía", 6 de septiembre de 2012, www.dga.cl.

rigen la evaluación y monitoreo ambiental requieren una formación técnica y mucha experiencia para poder comprender estos procesos.

De hecho, el diseño e implementación de una piscicultura es tan complejo técnicamente que los inversionistas tienden a contratar a sus propios asesores técnicos. Teniendo en cuenta esta relación contractual, las empresas de consultoría contratadas por las empresas no califican como “independientes” u “objetivas”, como exige el derecho internacional. Tres de las cuatro pisciculturas que examinaron nuestros investigadores habían contratado a la empresa de ingeniería ambiental Biogesa para ayudar en el proceso de evaluación ambiental.²⁹⁰ La firma, que se especializa en la preparación de DIA para pisciculturas, posee su propia planta modelo de tratamiento para la eliminación de residuos industriales orgánicos e inorgánicos producidos por aquellas. Los inversionistas valoran los conocimientos técnicos que ofrecen estas empresas especializadas y, desde luego, tienen los recursos para contratarlos.

El Estado no proporcionó asistencia técnica independiente a las comunidades indígenas en ninguno de los procesos de socialización que examinó el Consorcio. Este hecho es preocupante a la luz de las observaciones técnicas de la CONAMA y otras agencias gubernamentales acerca de los proyectos durante el proceso de evaluación ambiental. Por ejemplo, en numerosas ocasiones la CONAMA ha manifestado su preocupación por la falta de información completa sobre los sistemas de tratamiento de residuos.²⁹¹ Más importante aun, la CONADI y la CONAMA han afirmado su preocupación por los posibles efectos nocivos que algunos proyectos de piscicultura podrían generar en las comunidades indígenas cercanas.²⁹² Sin embargo, en lugar de plantear esos cuestionamientos a un técnico especialista independiente, las regulaciones ambientales chilenas establecen que la CONAMA debe solicitar una nueva evaluación a *la propia empresa solicitante*,²⁹³ lo que

290 Ver sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 7 de diciembre de 2007, y “Modificación y ampliación piscicultura Quilentue”, Evaluación Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, 13 de agosto de 2010. Ver www.biogesa.cl.

291 Sea.gob.cl, “Piscicultura Los Ríos”, Evaluación Ambiental, Informe consolidado de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la adenda (ICSARA), 2 de marzo de 2011; “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Informe consolidado de solicitud de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la DIA (ICSARA), de 13 de agosto de 2010; “Modificación y ampliación piscicultura Quilentue”, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento con observaciones a la DIA, Secciones 1.d, pp. 2-6, 7 de septiembre de 2010, y “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Informe consolidado de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la DIA (ICSARA), 29 de enero de 2008.

292 Sea.gob.cl, “Piscicultura Palguín”, Evaluación Ambiental, Informe consolidado de solicitud de aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones a la adenda (ICSARA), 17 de junio de 2009, Sección I.32; Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento inconforme sobre DIA, 6 de septiembre de 2010, y “Piscicultura Newenco”, Evaluación Ambiental, Oficio pronunciamiento con observaciones a la DIA, 2 de agosto de 2010.

293 La normativa ambiental establece criterios objetivos que el titular de un proyecto debe acreditar al órgano administrativo que participe en la evaluación de un EIA o una DIA, pero delegando enteramente en el privado su realización, con lo cual se reduce el alcance regulatorio que el Estado debe llevar adelante.

trae como resultado que los consultores técnicos contratados por las empresas a menudo solo presenten adiciones a las DIA en respuesta a los cuestionamientos formulados por la CONAMA.²⁹⁴ Según los análisis efectuados en este estudio, ninguno de los casos presentados ha contado con un informe a cargo de un especialista independiente, ya sea en respuesta a los requerimientos de las entidades fiscalizadoras o en nombre de las comunidades indígenas.

La gestión de la asistencia técnica por las empresas de desarrollo, en conjunto con el incumplimiento del Estado de brindar dicha asistencia independiente a las comunidades, no hacen más que magnificar las desigualdades preexistentes de información. La participación unilateral de los consultores técnicos de las empresas en las reuniones de socialización agrava este problema: en el caso de las pisciculturas Quilentue y Newenco, personal de las empresas de consultoría acompañaron a los representantes de la empresa y los ayudaron con las presentaciones.²⁹⁵ Eran los únicos disponibles para responder a las preguntas formuladas por las comunidades indígenas o los funcionarios de gobierno, pero la información que proporcionaron no se puede considerar independiente ni objetiva.

El proceso de consulta es particularmente susceptible de manipulación cuando las comunidades afectadas carecen del conocimiento especializado necesario para evaluar los datos técnicos que proporcionan los inversionistas. (Mientras reflexionaba sobre el proceso de socialización en Llafenco, Jorge Tignado comentó a nuestros investigadores que “también se aprovechan, y se aprovecharon, del desconocimiento de la gente anterior, gente que no tenía estudios, que no tenía conocimiento en el tema. Es una forma de engaño. Por eso también resalta la pelea grande que tuvimos con la piscicultura”.) Nuestra investigación indica que el Estado chileno no ha logrado establecer una política o un mecanismo de asistencia técnica para proteger a las comunidades contra esta posibilidad, dejándolas, por su omisión, en una posición de clara desventaja, en contraposición con el espíritu y letra de las obligaciones internacionales que ha contraído.

La OIT rechaza los procesos de socialización como los requeridos para los proyectos de piscicultura, conforme a la ley indígena y la ley ambiental, por ser insuficientes para satisfacer las normas mínimas de la consulta; y declara que “meras reuniones de información o socialización” no pueden considerarse como la consulta en el sentido del derecho internacional.²⁹⁶ Sin embargo, en Palguín, Cónquil y Putúe,

294 Por ejemplo, sea.gob.cl. “Piscicultura Newenco”, Adenda 1, Anexo 8, 23 de noviembre de 2011. Los informes realizados para las adendas 1 y 2 fueron elaborados por la firma Biogesa Ltda., misma empresa que elaboró la DIA.

295 Ver actas de las reuniones de socialización respectivas en Sea.gob.cl.

296 CEACR, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el*

la interacción entre las comunidades y las autoridades del gobierno o de la empresa básicamente se restringió a meras reuniones de socialización. En cada uno de esos casos, el gobierno chileno requirió que los representantes de la empresa colaboraran con las comunidades indígenas solo considerando esas reuniones de socialización. No ha existido un mecanismo formal que establezca un marco para el diálogo o la interacción continua entre las partes. Incluso en Putúe, donde se realizó una serie de negociaciones entre los promotores privados y los miembros de la comunidad después de las reuniones de socialización, la interacción entre las partes era informal y sin la supervisión de funcionarios de gobierno. Así, el proceso de socialización ha sido el único proceso semejante a la consulta que la legislación chilena exige para los proyectos estudiados, pero según el derecho internacional no es suficiente para cumplir con la obligación del Estado de consultar.

4.5.4. Consultas culturalmente apropiadas

Según la normativa internacional, los procedimientos de consulta deben ser culturalmente apropiados para los miembros indígenas que participan en ellos. El proceso por el cual se adoptan los mecanismos de consulta y la forma que adquieren debe reflejar una sensibilidad hacia las costumbres y tradiciones indígenas. Este elemento de la consulta es una manifestación de la exhortación en el prólogo del Convenio 169 de “llamar la atención sobre la contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural” de la humanidad.

El Convenio emplea un lenguaje muy amplio sobre la forma como deben diseñarse los procedimientos para asegurar que los gobiernos respeten y protejan la diversidad de usos y costumbres indígenas. La discrecionalidad de los Estados para adaptar el mecanismo de consulta al contexto cultural específico de cada grupo indígena no tiene límites más allá del respeto a los estándares internacionales del derecho a la consulta previa y los demás derechos de los pueblos indígenas.

Diversas fuentes internacionales intentan articular los lineamientos generales de los procedimientos de consulta “culturalmente apropiados”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Expertos de la OIT enfatizan la importancia de evaluar la adecuación cultural en términos de las tradiciones de los pueblos indígenas y sus creencias. En el caso *Saramaka*, la Corte Interamericana sostuvo que las consultas deben realizarse “a través de procedimientos cultural-

incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), GB.282/14/2, 2001, párr. 38, y CEARC, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.282/14/3, 2001, párr. 74 y 90.

mente adecuados” y “de conformidad con sus propias tradiciones [de los grupos indígenas]”.²⁹⁷ En una observación individual a México, la Comisión de Expertos instó al gobierno a desarrollar “un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas”. En otra ocasión, reafirmó el dictamen de un Comité Tripartito enfatizando que los procedimientos de consulta deben permitir a los pueblos indígenas “participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”.²⁹⁸ Los pronunciamientos de estos órganos ponen en evidencia que la diversidad de los grupos indígenas no se puede utilizar como excusa para limitar el alcance y la aplicación de la consulta.

Un aspecto extremadamente importante de la adecuación cultural de la consulta es su dimensión temporal. Aunque el derecho internacional no establece períodos fijos para la duración de la consulta y sus etapas, sí vincula el aspecto temporal de las consultas a las tradiciones sociales y culturales de los pueblos consultados. La Comisión de Expertos de la OIT ratificó de este modo el dictamen del Comité Tripartito, declarando que “una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y que puedan participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”.²⁹⁹ El Comité Tripartito, que también insistió en la importancia de las tradiciones sociales y culturales de los pueblos indígenas, afirmó que “si estos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”.³⁰⁰

Por otro lado, es innegable que otros factores también pueden influir en el elemento temporal del proceso de consulta, además de las tradiciones sociales y culturales de los pueblos indígenas. La Comisión de Expertos de la OIT reconoce que esos factores dependen de las circunstancias y deben tener en cuenta las relaciones históricas entre un

297 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C 172, párr. 133.

298 CEACR, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, Informe III (Parte 1A), Observación Individual sobre el Convenio 169 Colombia, 2004, p. 397, párr. 3 (citando CEACR, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)*, GB.282/14/3, 2001, párr. 79).

299 Íd. Ver también OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p. 62, www.ilo.org.

300 CEACR, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)*, GB.282/14/3, 2001, párr. 79.

grupo indígena y el Estado u otros actores. Por ejemplo, la Comisión de Expertos tomó nota en especial de un intercambio que se prolongó por catorce años entre el gobierno colombiano y el pueblo u'wa, en el que recibieron informes creíbles de formas reiteradas de violencia del Estado contra el pueblo indígena. Debido a la desconfianza que esta situación generó, la Comisión se ofreció a proveer asistencia técnica al gobierno, pero señaló que esta “asistencia se debería dar a lo largo de un proceso y que una mera reunión no sería suficiente”.

Consecuentemente, los mecanismos de consulta deben ser entendidos como un *proceso* en lugar de un solo encuentro entre las partes.³⁰¹ La frecuencia y naturaleza de las interacciones variará según las tradiciones de los grupos indígenas que participan en el proceso de consulta. Por ello, como se ha dicho en este libro, la garantía estructural más importante para el respeto de las costumbres indígenas es la participación activa de los propios pueblos en la determinación de las características del proceso de consulta, es decir, en la “consulta sobre la consulta”. Al diseñar el procedimiento de consulta, el Estado debe escrutar a los pueblos indígenas sobre sus procesos tradicionales de toma de decisiones y estructurar el mecanismo de manera que permita a las comunidades participar efectivamente, cuestión que, como se mostró en este informe, no ha ocurrido en Chile.

Hay que enfatizar también el hecho de que la consulta debe ser accesible a los pueblos indígenas. Un aspecto de accesibilidad de una consulta culturalmente apropiada es que tenga en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, por dos razones: es una aplicación específica del reconocimiento del Convenio a la aspiración de los pueblos indígenas de “mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones” (Prólogo), y corresponde a la obligación del Estado de “preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas” (artículo 28,3). De esta forma, el Estado debe ser receptivo al deseo de los pueblos indígenas de utilizar y promover su lengua en los procedimientos de consulta como parte de un programa más general de renovación cultural.

Pero además la obligación de respetar la diversidad lingüística tiene una función práctica en áreas donde segmentos de la población indígena no hablan el idioma nacional o regional. Esta obligación debe interpretarse a la luz del artículo 12 del Convenio 169, que establece que, en el contexto de los procedimientos legales, el Estado debe “garantizar que los miembros de los dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario,

301 CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 285.

intérpretes u otros medios eficaces”. Por su parte, el artículo 30 establece expresamente la obligación afirmativa del Estado de proporcionar apoyo lingüístico como parte de la obligación de adoptar medidas culturalmente apropiadas para la difusión de información acerca de los derechos contenidos en la Convención. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha reiterado que el Estado debe proveer servicios de traducción a los pueblos indígenas cuando sea necesario para garantizar su participación efectiva en los procedimientos de consulta.³⁰²

4.5.4.1. Resultados de las observaciones sobre la consulta culturalmente apropiada

En Chile, los procesos de socialización y de participación ciudadana para proyectos de desarrollo no suelen considerar la forma particular en que el pueblo mapuche toma sus decisiones. Como se mencionó, las prácticas actuales violan el derecho a la consulta debido a su incapacidad de garantizar la representatividad legítima de los participantes indígenas en los procesos. Siguiendo esta lógica, esta sección se enfoca en el problema que deriva de la tensión entre el Estado, las empresas privadas y las comunidades mapuche, o, dicho de otra forma, en la tensión entre el énfasis individualista de los privados y el Estado, por un lado, y los valores culturales mapuche que, al igual que otros pueblos indígenas, se centran en la colectividad y la comunidad.

Los procesos de toma de decisiones en las comunidades visitadas por los investigadores del Consorcio son comunales y se basan en el consenso. Las empresas privadas, sin embargo, han desacreditado estas normas culturales durante los programas de socialización, ya que esquivan los procesos comunales de toma de decisiones y optan por la búsqueda de firmas individuales de apoyo a sus proyectos. Esta práctica divisiva y desarticuladora atenta en contra de las costumbres indígenas y contribuye a generar conflictos entre y dentro de las comunidades.

Todas las comunidades mapuche que los investigadores del Consorcio visitaron explicaron que sus procesos tradicionales de toma de decisiones son colectivos y se basan en el consenso. Esta modalidad implica una amplia participación de los miembros de la comunidad, que se reúnen para discutir los temas importantes que enfrentan. Durante esos encuentros, cada persona tiene la oportunidad de expresar su opinión personal; cuando hay desacuerdos o diferencias de opinión, se discute el tema hasta que se alcance un consenso.³⁰³ Siendo así, esta

302 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 311.

303 Irma Epulef Railef señaló que “el pueblo mapuche era unido, antes (...) cuando pasaba algo malo se unían todos los lonkos principales y los caciques para solucionar ese problema, porque siempre el pueblo mapuche quiso ser de una sola línea”. Entrevista personal, 14 de enero de 2011.

forma tradicional de decidir sobre sus asuntos se puede utilizar como un modelo de aplicación general para conformar el diseño de mecanismos de consulta en la región.

Otros aspectos de los procedimientos de consulta se deben adaptar también a las particularidades de los grupos indígenas. Por ejemplo, en Villarrica se debe considerar el hecho de que algunos pueblos indígenas toman decisiones en el nivel territorial, con varias comunidades diferentes. Juan Pablo Huichalaf Huilipán y Marcial Colín, dos líderes indígenas de comunidades de Villarrica, relataron a los investigadores del Consorcio la costumbre de convocar asambleas territoriales para tomar decisiones colectivas sobre asuntos importantes en el territorio. Esta práctica refleja la importancia del proceso colectivo sobre las decisiones que pudiesen afectar a los territorios habitados por sus comunidades, la relación espiritual y ancestral que desarrollan con la tierra, y que comprenden que sus recursos unen a las comunidades como un grupo cohesionado y distinguible.³⁰⁴ En consecuencia, una comunidad y sus miembros comparten vínculos espirituales que otras comunidades también sienten con su propia tierra y recursos, aunque exista una distancia considerable entre ellos.

Los proyectos de desarrollo que afectan a los recursos territoriales no solo preocupan a las comunidades más cercanas. Según la tradición mapuche, estos proyectos deben pensarse y tratarse como asuntos de interés para todas las comunidades que forman parte del territorio. Por esta razón, varios dirigentes de la región exigían que las consultas se llevaran a cabo a nivel territorial, y enfatizaron que el Estado debe respetar la forma particular de toma de decisiones que los mapuche han adoptado por y para sí mismos. Por ejemplo, el gran número de líderes comunitarios que deben reunirse para conducir una consulta requeriría coordinación logística y de un largo período para llevarla a cabo. En este contexto, una consulta culturalmente adecuada debe considerar las particularidades territoriales de la forma en que se toman las decisiones.

Según la investigación que realizó el Consorcio, la recolección de firmas para demostrar el apoyo de la comunidad a los proyectos empresariales analizados es un elemento común entre los procedimientos de los funcionarios gubernamentales y los privados, y no toma en consideración las tradiciones culturales de las comunidades. Proporcionar una firma es un acto individual que no incorpora el proceso tradicional mapuche de toma de decisiones. Cuando el gobierno y los desarrolladores de proyectos se concentran en la adquisición de firmas evitan

304 Juan Pablo Huichalaf Huilipán manifestó que “nosotros [su comunidad] desde que aparece el Convenio 169 hablamos de territorio. Sabemos ancestralmente qué lo conforma. Se define a través de la relación espiritual”.

y menoscaban el mecanismo colectivo de toma de decisiones que las comunidades indígenas han elegido por sí mismas.

Algunos miembros de la comunidad mapuche en Cónquil explicaron a los investigadores del Consorcio las dificultades que han enfrentado para preservar los valores tradicionales de la colectividad en el mundo moderno, y destacan que la adhesión a los mecanismos internos de toma de decisiones colectiva ha sido vital para su preservación cultural. De acuerdo con sus costumbres, los miembros individuales de la comunidad, incluyendo los dirigentes, no pueden firmar en nombre de ella a menos que el tema haya sido discutido en forma colectiva. Los líderes de Cónquil expresaron así la frustración con el gobierno y la práctica de las empresas privadas de solicitar firmas en las reuniones de socialización, que después se usarían para indicar el apoyo y la participación de toda la comunidad. En parte por esta razón muchos se negaron a firmar en la reunión de socialización para la piscicultura Quilentue, y en Putúe se negaron a firmar los formularios para la piscicultura Los Ríos, porque temían que se utilizaran como evidencia de apoyo de toda la comunidad. Según el grupo de líderes indígenas de Cónquil la solitud de firmas ha tenido múltiples consecuencias negativas para las comunidades, generando e incrementando las divisiones en lugar de promover los valores culturales mapuche de la discusión y el consenso.

Los representantes empresariales y gubernamentales involucrados en el proceso de socialización para la piscicultura Palguín también han fallado en este factor. En Palguín Bajo y Llafenco, la empresa intentó utilizar las declaraciones de apoyo firmadas de miembros de la comunidad, ignorando que, después de una serie de reuniones, la mayoría de los miembros de la comunidad rechazó la piscicultura, y yendo enseguida de puerta en puerta para recolectar firmas individuales en apoyo al proyecto. La empresa presentó estas firmas a la CONADI y la CONAMA, junto con dos cartas supuestamente de los presidentes de las comunidades indígenas, firmadas en nombre de las comunidades.³⁰⁵ Dichas cartas causaron múltiples conflictos internos, tanto así que los investigadores del Consorcio recibieron una serie de informes contradictorios sobre los detalles precisos de la carta firmada en nombre de la comunidad indígena en Llafenco: por un lado, el líder de la comunidad sugirió que su nombre había sido falsificado³⁰⁶ y, por otro,

305 Ver sea.gob.cl, Evaluación Ambiental, Adenda, Anexo H, 2 de septiembre de 2009. En particular confrontar con "Carta comunidad Palguín Bajo y Llafenco", del 21 de agosto de 2009; "Carta vecinos Loncofilo", del 14 de julio de 2010; "Rpta Sra. Nanco", del 24 de agosto de 2009, y el documento "Firmas".

306 Manuel del Carmen Rivera Huilipán, presidente de la comunidad indígena Llafenco, señaló que él firmó la lista, pero no la carta en cuestión: "Yo cartas no hice. Lo que sí, a mí me hicieron firmar, era así también por engaño (...) fue un listado de nombres de personas (...) yo me di cuenta [de que la carta era falsa] porque la firma era de Manuel Nanco y no soy Manuel Nanco. Incluso el número del carnet tampoco era mío. Pero carta no he hecho". Entrevista personal, 13 de enero de 2011.

algunos plantearon que creían que el presidente efectivamente firmó la carta después de haber sido inducido por engaño.³⁰⁷

En cualquier caso, el énfasis de la empresa en obtener esa carta y las firmas no consideró las tradiciones culturales de la comunidad e ignoró el proceso de consenso. Estas prácticas reflejan una valoración del individuo que no respeta las costumbres y tradiciones indígenas y perturban la armonía de las comunidades, gobernadas por mecanismos internos destinados a promover el consenso y la unidad. Irma Epulef Railef, comunera de Palguín Bajo, comparó la metodología de apoyo a través de firmas individuales con la usanza tradicional mapuche, e hizo énfasis en los efectos perniciosos que esta práctica podría tener en la cohesión de la comunidad, debido a su fundamento individualista:

[En el] pueblo mapuche antiguo, nada se hizo sin consultar entre el grupo. Y ahora el hombre llegó y firmó e hizo las cosas a la pinta de cada persona (...). Se sembró la mala semilla y empezó a fecundar rápidamente.

El Preámbulo del Convenio 169 reconoce la “contribución distinta de los pueblos indígenas y tribales (...) a la cooperación y entendimiento internacional”. Pues bien, las características del proceso de toma de decisiones basado en el consenso en las comunidades mapuche son muy similares al proceso de consulta dialógica articulado por el Convenio. Comuneros mapuche que hablaron con los investigadores del Consorcio señalaron esa similitud y reconocieron su afán de diseñar un mecanismo de consulta que se avenga con su cultura tradicional y, al mismo tiempo, con las exigencias del derecho internacional. Un comentario de Iván Reyes, vocero de Ayún Mapu (conjunto de ocho comunidades indígenas cerca de Quepe), da cuenta de este sentimiento:

En las comunidades hay una práctica: las cosas las discutimos, no todos opinamos lo mismo, y distintas posturas que tenemos en relación a cualquier tema se discuten y finalmente se llega a un consenso. Y ese consenso todos lo apoyamos en la comunidad. Así funcionamos acá. Entendemos que el espíritu ideal sería ese; así funcionaría el Convenio 169. Entiendo yo que en el Convenio tampoco hay una obligatoriedad para

307 “Pero en un momento [Manuel] de una forma engañosa cayó y firmó un documento. Pero no lo firmó digamos de sentimiento de la comunidad. Así él hizo otro documento y lo retractó. El primer documento dice que como presidente de la comunidad los comuneros le aprueban el proyecto y aquí están las firmas. Pero don Manuel después me contó que no, que él había firmado otro documento donde no le dieron a saber bien para lo que era, y después se dio cuenta de que había firmado por la comunidad”. Jorge Tignado, 13 de enero de 2011.

consentimiento. Pero si fuera en esa línea, en el sentido de que llegara aquí el gobierno, conversara, discutiera, argumentara, y llegáramos a un acuerdo con ellos de algún tipo, eso sería ideal para nosotros.³⁰⁸

308 Entrevista personal, 17 de enero de 2011.

CONCLUSIONES

Chile se ha comprometido a resguardar los derechos de los pueblos indígenas por medio de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, que dispone de una serie de mecanismos que tutelan los derechos de dichos pueblos, de los cuales el principal es el derecho a la consulta previa. Esta investigación ha revisado la regulación correspondiente en Chile, en particular la forma en que la consulta previa está resguardada, y ha comprobado que no existen mecanismos legales y regulatorios claros, sino más bien limitaciones que transgreden el sentido y alcance de las obligaciones internacionales de Chile. Junto con ello, se observa una jurisprudencia que no ha sido del todo consistente, no obstante los fallos más recientes tienden a aplicar de mejor manera los estándares internacionales sobre consulta previa y afectación de intereses de los pueblos indígenas.

Se ha mostrado en detalle la forma en que estos estándares delimitan los contornos del derecho a la consulta previa: sus participantes, los mecanismos de participación, la buena fe que debe imperar, y el papel de las empresas privadas que impulsan proyectos de desarrollo y los someten a procesos de evaluación ambiental. Todas estas herramientas e instrumentos normativos sirven para contrastar la realidad de las comunidades con lo que prometen las cláusulas del derecho internacional de los derechos humanos, y que han sido incorporadas al derecho interno. Para ello, se ha analizado el caso de la industria de la piscicultura en la Región de la Araucanía, con empresas que emplazan sus instalaciones en medio o muy cerca de comunidades indígenas y que generan impactos ambientales muy significativos. Es aquí donde los estándares de la consulta previa debieran operar; sin embargo, como se ha mostrado, eso está muy lejos de ocurrir. Las regulaciones que gobiernan una industria muy competitiva a nivel internacional son deficientes, lo que va en desmedro del resguardo y respeto de los derechos que el Convenio 169 asegura a los pueblos indígenas: esencialmente, estos no se sienten tomados en cuenta frente a la fuerte iniciativa de las empresas por desarrollar proyectos. Las decisiones de la autoridad

desconocen los derechos de los indígenas y provocan división al interior de las comunidades, ya que son las empresas las que asumen el rol de lidiar con ellas, para lo cual utilizan mecanismos que no están amparados por la ley vigente, como las negociaciones individuales con personas que no representan al pueblo interesado, o bien acuerdos con las comunidades que después no se cumplen íntegramente, y que no son supervisados por el Estado.

En razón de estos problemas, que provienen de una mala regulación y de una voluntad política que da escasas muestras de querer avanzar hacia el reconocimiento íntegro de los derechos de los indígenas, formulamos las siguientes recomendaciones:

- Que el Estado regule el derecho de consulta previa siguiendo las directrices del derecho internacional, ya sea como acto reglamentario de la Administración o bien como acto legislativo del Congreso. Para ello es clave derogar el Decreto Supremo 124, que viola los estándares internacionales.
- Que se lleven a cabo consultas antes de tener un borrador de la regulación en esta materia. El sentido de la consulta es que los pueblos interesados puedan influir en las decisiones; por ello, debe realizarse tempranamente y en todas y cada una de las etapas del proceso de decisión.
- Que el Estado establezca regulaciones claras y precisas en materia de consulta previa para el sector privado, las que deben velar por que se cumplan íntegramente los estándares internacionales respectivos.
- Que el Estado disponga de mecanismos de fiscalización de la implementación del Convenio 169 efectivos y concertados previamente con los pueblos interesados.
- Que se capacite a funcionarios del Servicio de Evaluación Ambiental en los derechos de los pueblos indígenas y, en particular, en los alcances del derecho de consulta previa, de acuerdo con los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos.

Entre 2009 y 2012, el Consorcio Norte-Sur en Derechos Humanos dedicó sus esfuerzos a investigar el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas en Colombia y en Chile. Para ello, académicos y estudiantes de diversas universidades de Chile (UDP), Colombia (U. los Andes) y Estados Unidos (Harvard y Stanford) desarrollaron un exhaustivo programa de investigación que incluyó viajes a diversos lugares con el fin de entrevistarse directamente con los involucrados: líderes indígenas, expertos, funcionarios públicos y representantes de la sociedad civil, junto con un trabajo de documentación que permitiera dar cuenta de los desafíos y obstáculos que deben enfrentar los Estados en esta materia. Se trata de un trabajo colectivo inédito entre instituciones del sur y del norte que, además de este libro, ha realizado presentaciones ante organismos estatales, como el Ministerio de Desarrollo Social, en Chile, o la Corte Constitucional colombiana.

Este libro recoge una investigación realizada entre 2010 y 2012, que revisa la manera como se ha implementado el Convenio 169 de la OIT en Chile, analizando la situación concreta del derecho a la consulta previa en el contexto del desarrollo de proyectos de piscicultura en la Araucanía, una de las actividades económicas más importantes en una región que concentra una alta población mapuche. El propósito del trabajo es mostrar las falencias que exhibe el Estado chileno en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, así como ofrecer mecanismos que permitirían aplicar adecuadamente los estándares en materia de consulta previa y, en general, de respeto a los derechos de los pueblos indígenas.