

**INFORME  
ANUAL  
SOBRE  
DERECHOS  
HUMANOS  
EN CHILE  
2014**

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014  
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2014  
ISBN: xxx-xxx-xxx-xxx-x

Editor general  
Tomás Vial Solar  
Edición  
Sergio Missana

Diseño  
Felicidad

Impreso en Chile por  
Salesianos Impresores S.A.

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](http://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.

**INFORME  
ANUAL  
SOBRE  
DERECHOS  
HUMANOS  
EN CHILE  
2014**

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



EDICIONES  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



## INDICE

Presentación	09
1. ¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones pos-dictadura.	21
2. La huelga, un derecho fundamental.	63
3. Trabajadoras de casa particular: invisibilizadas y discriminadas.	109
4. Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile.	157
5. Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos.	203
6. El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: la percepción de las personas privadas de libertad.	245
7. Medio ambiente y derechos humanos: organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal.	291
8. Derechos de los migrantes y refugiados.	333
9. Derecho a la salud mental: la infancia olvidada.	377
10. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.	417
11. El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile.	447

12. Homoparentalidad en Chile y derechos humanos. 477

Biografías autores Informe 2014 493

## PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su duodécimo *Informe Anual de Derechos Humanos*, relativo a los hechos ocurridos entre mediados de 2013 y mediados del presente año en diversos aspectos de los derechos humanos vigentes en Chile.

El *Informe*, que se elabora cada año, no pretende realizar un examen exhaustivo de en qué medida el Estado chileno cumple o no la totalidad de las obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que tiene como propósito informar y analizar en profundidad, desde esa óptica, aspectos de nuestra vida social que consideremos de particular gravedad por su carácter estructural o que no han sido destacados con anterioridad, teniendo además en consideración las experiencias existentes dentro de la Facultad de Derecho de la UDP. De esta forma, el *Informe* se diferencia de otros estudios que poseen un carácter comprehensivo en materia de derechos humanos. Tampoco pretende este ser una publicación de carácter exclusivamente académico, que de cuenta en forma acabada de la literatura en un campo particular. Su vocación, desde su inicio, ha sido presentar, desde una perspectiva académica, sobre la base de un trabajo de investigación racionalmente fundado, una realidad social bajo la óptica de los derechos humanos, de modo que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigido. En la presente edición el *Informe* contiene 12 capítulos, los que se pasan a exponer sucintamente, junto con señalar algunas de las principales recomendaciones que en ellos se efectúan.

El *Informe* se inicia, como ha sido costumbre, con un capítulo titulado “¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones posdictadura”, a cargo de la investigadora Cath Collins y fruto del trabajo del Observatorio de Justicia Transicional (antes de Derechos Humanos) de la UDP, dirigido por la autora, relativo a las violaciones a los derechos humanos producidas durante la dictadura. Este capítulo permite efectuar comparaciones a través del tiempo en esta materia, y realiza un acucioso estudio de cómo se están llevando

a cabo los procesos penales producto de esas violaciones, mostrando que, en materia de verdad, justicia y de hacer efectivas las responsabilidades, aún falta un largo camino por recorrer, sin perjuicio de valorar positivamente los recientes anuncios del gobierno en esta materia. El capítulo sostiene asimismo que, aun en los casos excepcionales en que se han dictado sentencias definitivas con penas de cárcel efectiva, los beneficios otorgados a los presos representan con frecuencia una denegación de la escasa justicia aplicada. También se analiza la situación de las instituciones estatales relacionadas con la investigación y reparación, tales como el Instituto Médico Legal o la PDI, destacando los aspectos positivos y los problemas que se han dado en el transcurso del año. Respecto a estos diversos aspectos, la autora recomienda al Estado de Chile, entre otras cosas, la derogación o el dejar sin efecto la ley de Amnistía, el establecimiento de una instancia permanente de calificación de las víctimas y sobrevivientes de violaciones de DD.HH., y la provisión de asesoría y representación a las víctimas de tortura y prisión política.

Los derechos de los trabajadores y trabajadoras en Chile son el tema común de dos de los capítulos del *Informe 2014*. Los profesores César Toledo y Karla Varas, en el capítulo “La huelga, un derecho fundamental”, analizan acuciosamente—en relación a las normas internacionales—la actual normativa del Código del Trabajo respecto al derecho a la huelga, así como también la situación de los funcionarios públicos en esta materia. Los autores afirman que el panorama es bastante desolador, pues no solo existe una deuda en materia legislativa, sino también en el ámbito institucional y comunicacional, principalmente por la escasa y en algunos casos nula intervención del Estado para los efectos de dar una adecuada protección frente a los actos ejercidos por empleadores tendientes a mermar o anular el derecho de huelga, y por el tratamiento que recibe el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social: resaltando situaciones puntuales de violencia invisibilizando el conflicto laboral de fondo que está detrás. Ante esta realidad, dos de las recomendaciones más relevantes son la de promover una reforma global a los Libros III y IV del Código del Trabajo y, con ello, a las normas que tratan sobre la huelga, teniendo como eje la libertad sindical en tanto derecho fundamental vital en toda democracia, por tratarse de una exigencia incumplida por el Estado de Chile, y consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal, admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales, en el sentido estricto del término, de acuerdo a los estándares de la OIT.

La situación de las trabajadoras de casa particular (TCP) es el tema abordado por las investigadoras Lidia Casas y Helena Olea en el capítulo titulado “Trabajadoras de casa particular: Invisibilizadas y dis-



criminadas”. El propósito del capítulo es analizar la situación de las trabajadoras de casa particular en Chile a la luz de los estándares internacionales. En el análisis se consideran elementos fundamentales de la relación laboral de estas trabajadoras: contratación, salario, jornada laboral, dormitorio y alimentación, funciones o tareas, y violencia en el trabajo. Se aborda también la terminación de la relación laboral y la reclamación de derechos, ya sea en sede administrativa y judicial. Por último, se analizan los proyectos legislativos presentados y en discusión en el Congreso Nacional. En la investigación se aprecia también el importante aspecto migratorio que presenta hoy en Chile el trabajo doméstico. Las autoras concluyen que un régimen diferenciado en las condiciones laborales, de protección y reclamación de los derechos de las TCP, como el que existe hoy, perpetúa un subsidio de las más pobres y marginadas a quienes tienen más. Y que las actuales políticas migratorias facilitan el abuso. A fin de remediar estas graves violaciones a los derechos, las autoras recomiendan, entre otras cosas, garantizar la igualdad de derechos de las TCP con el resto de los trabajadores en lo relativo a la extensión de la jornada laboral, sin que medie un régimen de gradualidad, y diseñar y establecer un sistema que permita una efectiva fiscalización de parte de la Inspección del Trabajo de las condiciones de trabajo y habitación en que se desempeñan las TCP.

La problemática de los pueblos indígenas en Chile y el respeto de sus derechos humanos ha sido una constante de los diversos *Informes*. En este año se quiso analizar dos aspectos centrales de ella y que han sido además objeto de intenso debate público: la política de entrega de tierras y la exigencia de mecanismos de consulta libre, previa e informada respecto a los asuntos que afecten a los pueblos y comunidades indígenas en el contexto de proyectos de inversión en el norte de Chile.

La investigadora Antonia Rivas aborda el primer tema en el capítulo titulado “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile”. En él se analizan los estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del Estado, las situaciones especiales de cada pueblo indígena, y los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas de entrega de territorios. El estudio concluye afirmando que, lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, así como las múltiples recomendaciones e informes formulados por diversos órganos internacionales para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el Estado y la sociedad chilena. Junto con ello, las deficiencias de la legislación y en la política pública, en particular la operación deficiente del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI y la demora en la titulación de las tierras fiscales, indican que se trata de una política pública fuertemen-

te expuesta a presiones políticas, poco transparente, que no permite un control sobre los recursos públicos invertidos ni sobre los procedimientos utilizados para la restitución de territorios reivindicados por los pueblos indígenas. Se señala también que se trata de una política pública fuertemente reactiva a los conflictos ocasionados por algunas comunidades indígenas, basada en criterios mercantiles, que no tiene un procedimiento estructurado y transparente que permita dar solución definitiva a los problemas territoriales de los pueblos indígenas. Y, junto con ello, la sostenida negativa a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios no permite augurar una mejor relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile. A fin de avanzar en la solución de estas demandas, se recomienda generar un proceso participativo, impulsando un diálogo con las comunidades indígenas del país, especialmente con el pueblo mapuche, para establecer las demandas de territorios, las políticas públicas de restitución de territorios y recursos naturales; incrementar los presupuestos destinados al Fondo de Tierras de CONADI, de modo de agilizar la restitución a los pueblos indígenas de las tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados; y considerar la utilización de nuevos mecanismos como la expropiación por causa de interés público, con el fin de garantizar la celeridad y efectividad de la acción del Estado en la restitución de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas.

La exigencia de una consulta previa, libre e informada (CLPI) respecto a los actos que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas es el tema desarrollado por los investigadores Alonso Barros y Judith Schönsteiner en el capítulo “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”. El capítulo analiza, a la luz de la normativa internacional, especialmente del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI), y los estándares para empresas en materia de derechos humanos, la CPLI en relación a proyectos de inversión mineros en Chile; revisa el cumplimiento por Chile de las obligaciones internacionales en los procesos de adopción del reglamento del SEIA (DS 40), así como en el proceso de la “Mesa de Consenso” que reglamentó (mediante el DS 66) la CPLI en reemplazo del Decreto 124 de MIDEPLAN; y evalúa en qué medida dichos reglamentos están conformes al derecho internacional y si le permiten a Chile sostener ante la comunidad de naciones que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en la materia. Se concluye que, tanto los procesos de elaboración de esos instrumentos como en lo sustantivo no se satisfacen los estándares impuestos por el derecho internacional. Ante esto, se recomienda dar

prioridad a la adecuación a los estándares internacionales de la regulación sobre CPLI e inversiones; especialmente, que se obligue a la CPLI de *todos* los actos administrativos y legislativos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Además, el capítulo analiza los estándares requeridos por parte de los inversionistas, especialmente en los casos que el Estado no cumple con su deber de garante de los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, se recomienda que las empresas mineras debieran cumplir con los estándares internacionales aun en situaciones en las que el Estado no requiere la consulta, tales como el otorgamiento de concesiones, derechos de aguas, o exploraciones.

Para el Centro de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la UDP ha sido una constante preocupación el análisis de la situación de nuestro sistema carcelario y las políticas criminales desde la perspectiva de los derechos humanos. Este *Informe* no es la excepción: en el trabajo de los investigadores Olga Espinoza, Fernando Martínez y Guillermo Sanhueza, “El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: La percepción de las personas privadas de libertad”, se aborda la situación de los derechos humanos en el sistema penitenciario de Chile, a partir del análisis de la relación entre política penitenciaria y derechos humanos, durante el último lustro, desde la doble perspectiva de los estándares normativos internacionales y de la opinión de las personas privadas de libertad. De esta forma, se logra contrastar el marco jurídico y de política pública, con los datos obtenidos a través de una encuesta de auto reporte, para establecer algunas hipótesis y delinear conclusiones y recomendaciones. En lo central se concluye que en Chile los avances en materia penitenciaria aún distan de ordenarse en un diseño de política pública integral, capaz de traducirse en una mejor satisfacción de las necesidades de las personas privadas de libertad y, con ello, en un mayor ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos. Se señala que persisten problemas graves, como la sobrepoblación y consecuente hacinamiento de los internos en una considerable cantidad de cárceles. La mantención de este problema revela una inadecuada política estatal en materia de infraestructura penitenciaria, pero, por sobre ello, la carencia de una política criminal dirigida a potenciar los sistemas semiabiertos (Centros de Educación y Trabajo) y abierto. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, fortalecer y diversificar los mecanismos de control externo de la ejecución penal, potenciando el rol del Programa de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, así como intensificar el control jurisdiccional e instalar el Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura; aumentar la inversión en mejorar la formación del personal institucional, tanto de oficiales como de suboficiales, así como del personal técnico. Ello incluye seguir incorporando transversalmente un enfoque de derechos humanos en la

formación de los gendarmes, avanzando hacia una mayor coherencia con la misión institucional (no solo de custodia, sino también de re-inserción) y hacia el desarrollo de perfiles de carrera diferenciados y oportunidades de formación permanente para su personal.

El análisis, desde una perspectiva de los derechos humanos, de los organismos genéticamente modificados (OGM) es el tema que aborda la investigadora Ignacia Mewes en su capítulo “Medio ambiente y derechos humanos: Organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal”. En él se identifican y analizan los principales aspectos involucrados en el debate generado en torno a la utilización de organismos genéticamente modificados en la agricultura, y los riesgos socioeconómicos y ambientales que su empleo genera, así como las preocupaciones que surgen del consumo de este tipo de alimentos, incluyendo aquellos que contienen algún ingrediente o aditivo de esta naturaleza. Al respecto, el capítulo destaca la falta de transparencia que existió por años en nuestro país respecto de los cultivos transgénicos autorizados por el SAG, los pocos espacios de participación con que cuenta la ciudadanía, las carencias regulatorias e institucionales existentes en la materia, así como las dificultades que plantea para la conservación de nuestro patrimonio genético y para los derechos de los pequeños agricultores y comunidades indígenas la adhesión de Chile a la versión 91 del Convenio UPOV. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, ratificar el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, dictar una Ley de Bases de Bioseguridad que sea fruto de un amplio consenso político y ciudadano, y dictar en el más breve plazo los reglamentos y resoluciones que están pendientes y que son necesarios para aplicar disposiciones legales relevantes en esta materia.

Una de las áreas más relevantes de la labor del Centro de Derecho Humanos de la UDP, manifestada en la existencia de una Clínica de Migrantes y Refugiados y en capítulos de *Informes* anteriores, es la realidad de migrantes y refugiados en Chile. En este año, el capítulo “Derechos de los migrantes y refugiados” fue elaborado por los investigadores Patricio Rojas y Víctor Hugo Lagos, los que realizan un diagnóstico de la situación actual de las personas migrantes y solicitantes de refugio que residen en el país, examinando, por una parte, las principales vulneraciones de derechos humanos producto de una normativa legal desactualizada y cómo se han abierto, estos últimos años, alternativas para la efectiva protección de estos derechos y, por otra parte, realizando un análisis acerca de la efectividad de la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados en el país desde 2010. Se concluye, en base al tratamiento que los migrantes reciben por parte de la administración del Estado, que Chile necesita un cambio legislativo en la materia para responder al fenómeno migratorio actual. Chile

carece actualmente de una política migratoria clara y con un enfoque de derechos humanos, implementando soluciones parche que no han tenido una debida aplicación en los casos que lo ameriten. En materia de refugio, si bien la entrada en vigencia de la Ley 20.430 significó un gran avance en lo relativo a la temática y en general de la legislación relativa a los derechos humanos de las personas extranjeras en nuestro país, su aplicación, al menos hasta el 2013, no fue satisfactoria respecto a los estándares de derechos humanos, lo que provoca que Chile vulnere los instrumentos internacionales ratificados. En base a lo anterior, se recomienda que el Estado de Chile lleve a cabo un nuevo marco regulatorio en materia de migración, el que en su discusión y aprobación debe incorporar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos de tratados; en materia de protección de refugiados, es necesario que elimine las prácticas arbitrarias que limitan el ejercicio pleno del derecho al asilo. Por último, se recomienda corregir las prácticas discriminatorias en frontera por parte de la PDI, en particular mejorando el monitoreo y la capacitación de los funcionarios.

En el *Informe 2013* se abordó una temática novedosa, al menos en Chile, en materia de derechos humanos: la salud mental como derecho humano. Este año, profundizando esta línea, las investigadoras Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, en su capítulo titulado “Derecho a la salud mental: La infancia olvidada”, estudian cómo el Estado cumple sus obligaciones en esta materia particular. Para ello, el capítulo examina la situación relacionada con el estado de salud mental de niños, niñas y adolescentes (NNA) chilenos/as, analizando la oferta de programas públicos y las posibilidades de acceso a la promoción y a la atención en salud mental. Se concluye que los resultados son dramáticos y se constata la presencia de importantes inequidades sociales, que, mediante procesos de discriminación, impiden el acceso oportuno, equitativo y de calidad, vulnerando con ello los derechos de NNA. De esta forma, se afirma, el Estado está en deuda con un derecho que es fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos. A fin de remediar lo anterior, se recomienda, entre otras cosas, destinar más recursos para la prevención, promoción y atención en salud mental infanto juvenil de acuerdo con las características del sistema de salud del país y las necesidades de la infancia, evitando la discriminación social que hoy atraviesa la provisión de este servicio; elaborar una ley de protección integral de derechos de la infancia que incorpore dentro de su normativa la salud mental de NNA; y elaborar una política nacional de salud mental infanto-juvenil que establezca los recursos y mecanismos por los cuales se hacen efectivos y reclamables los derechos de NNA.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son también materia de preocupación del capítulo de las investigadoras Camila de la Maza

y María Paz Riveros, titulado “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Su estudio se enfoca en el sistema de protección de derechos de NNA en Chile, observando la política pública infanto juvenil, a través de las normas que la conforman y el modo de operar del sistema, preguntándose si estos han dado una respuesta acorde a las recomendaciones que distintos organismos de derechos humanos han formulado a Chile, de acuerdo a las obligaciones que el Estado ha contraído. Se focaliza también en la situación de aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias. De este estudio se concluye que el Estado actúa aún a partir de la doctrina de la situación irregular, luego de 24 años de ratificada la Convención de Derechos del Niño, no logrando adaptar sus normas y sus prácticas a la protección integral de derechos; que no existe intervención estatal integral y sistemática que mire a la infancia como un todo, habiendo una carencia de una institucionalidad que pueda formular y aplicar la política pública, lo que se manifiesta, entre otras cosas, en que el Estado no cuenta con estadísticas que le permitan conocer exhaustivamente la situación real de los NNA intervenidos. Y, en materia de residencias, se concluye que aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias, están en una situación de grave vulneración de derechos. La constatación de estas realidades fundamenta que se recomiende dictar una ley de promoción y protección integral de derechos, derogando la actual Ley de Menores; fortalecer institucionalidad infanto juvenil con mayores atribuciones y presupuesto para que pueda efectivamente articular la política pública y realizar un adecuado trabajo intersectorial que permita un abordaje integral de las necesidades de NNA. Y en cuanto al sistema residencial, se señala que es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional, y en consecuencia se apliquen causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen, determinando plazos para internación y efectivo control de la judicatura sobre ellos.

Otro aspecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes que aborda el presente *Informe* es la cuestión de cómo el sistema educativo integra la realidad de los estudiantes con discapacidad. Las investigadoras Pilar Muñoz y Liliana Ramos, en su trabajo “El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile”, analizan aspectos relativos a la implementación de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CDPCD) en Chile, particularmente en lo referido al derecho a la educación en el sistema escolar, en los niveles de educación básica y media. El informe muestra que, si bien en Chile se evidencian avances respecto de los desafíos educativos planteados por la Convención, existen vacíos

importantes que deben ser abordados para asegurar el acceso y permanencia de las personas en situación de discapacidad en sistemas escolares inclusivos y con foco en el aprendizaje de todos y todas. Estos vacíos se agudizan por la ausencia de disposiciones legales efectivas que aseguren los mandatos de la CDPcD en materia de educación y por la presencia de instrumentos legales que no se ajustan a su enfoque sobre discapacidad y educación inclusiva. Se afirma que la realidad chilena es la de un país que mantiene un sistema de educación segregado para NNA con discapacidad, el cual convive con un sistema escolar común que, en forma parcial y voluntaria, ofrece algunos espacios para que estudiantes con discapacidad puedan ser parte de él. Para ajustar esta realidad a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, se recomienda, entre otras cosas, alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la CDPcD. La Ley 20.422 debiera ser más robusta al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva, que asegure la no discriminación por motivos de discapacidad; urge la creación de políticas que hagan valer los planteamientos de la CDPcD y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; y el Decreto 170 debiera reformularse, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta, que asocia en forma directa las necesidades educativas especiales a la presencia de déficits o trastornos. También aparece como necesario instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial puede actuar colaborativamente, pero no como responsable.

Otra temática que ha sido constante en los *Informes* anteriores son los derechos de las personas LGTBI. En este año, los investigadores Juan José Álvarez y Tomás Vial, en el capítulo “Homoparentalidad en Chile y derechos humanos”, abordan cómo el Estado asegura el igual ejercicio de la parentalidad y maternidad en Chile, tanto en filiación y adopción como en procesos de fertilización asistida, de hombres y mujeres gay, lesbianas y trans. Se concluye que hoy la normativa chilena desconoce y niega ese derecho a esa parte de la población chilena, lo que constituye una infracción a los compromisos que Chile ha tomado con la comunidad internacional. Para remediar esta situación, se recomienda establecer, tanto en el proyecto de Acuerdo de Vida Pareja como en cualquier proyecto futuro de matrimonio igualitario, la igualdad de condiciones de parejas del mismo sexo con las heterosexuales en materia de cuidado y tuición de los hijos; la dictación de una ley que asegure a todas las personas un igual acceso a las técnicas de fertilización asistida, incluyendo a las personas LGTBI y a las parejas del mismo sexo; y modificar la ley de adopciones en el sentido expreso

de reconocer a las personas LGTBI como posibles adoptantes y, en el caso de parejas del mismo sexo, que su tratamiento sea igual al de las heterosexuales.

La publicación del *Informe de Derechos Humanos 2014* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos que este contiene, así como el de numerosos ayudantes alumnos de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y a todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece en particular a Susana Kuncar, periodista de la Facultad de Derecho, sin la cual el *Informe* no podría ser difundido, y el valioso trabajo de organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Sergio Missana, que tendrá siempre algo que decirnos sobre nuestra forma de escribir y en ayudarnos a transmitir mejor nuestro análisis, y la generosa colaboración de los ayudantes Sebastián Latorre e Israel Meliqueo en este aspecto. Se agradece, finalmente, a Felipe Gana y Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valioso apoyo en la edición de este *Informe*, así como a la misma Universidad por apoyar económicamente su publicación.

Dr. Tomás Vial Solar  
Editor General

Dra. Judith Schönsteiner  
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP



**DILIGENCIA DEBIDA:  
PROYECTOS DE INVERSIÓN,  
PROPIEDAD SOBRE  
LOS RECURSOS  
NATURALES Y  
CONSULTA LIBRE,  
PREVIA E INFORMADA  
A LOS PUEBLOS Y  
COMUNIDADES INDÍGENAS  
CONCERNIDOS<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Autores: Alonso Barros y Judith Schönsteiner. Agradecemos el apoyo y excelente trabajo de los ayudantes Nicolás Álvarez (egresado de derecho, UDP), Carlos Criollo y Constanza Muñoz (estudiantes de pregrado, UDP). Alonso Barros agradece además las observaciones y citas formuladas por los doctores Laura y Ryan Seelau a trabajos anteriores.



## SÍNTESIS

El capítulo analizará, a la luz de la normativa internacional, especialmente del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169) y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUDPI) y los estándares para empresas en materia de derechos humanos, la consulta previa libre e informada en relación a proyectos de inversión mineros en Chile.

Primero, se revisará el cumplimiento por Chile de las obligaciones internacionales en los procesos de adopción del reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) (en adelante, DS 40), así como en el proceso de la “mesa de consenso” que reglamentó (mediante el DS 66) la consulta previa, libre e informada (en adelante, CPLI) en reemplazo del Decreto 124 de MIDEPLAN. Segundo, se evaluará en qué medida dichos reglamentos están conformes al derecho internacional y si permiten a Chile sostener ante la comunidad de naciones que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en la materia.

Tercero, se analizarán algunos proyectos de inversión mineros y su impacto en los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas susceptibles de ser afectados por su autorización, especialmente con respecto al derecho al agua y a la tierra. En este contexto, se tienen en vista las obligaciones del Estado y las responsabilidades de las empresas en el diálogo con los indígenas. Para estos efectos, se aplicarán criterios comunes para todos los proyectos, derivados del Convenio 169 y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI). Especial atención recibirá el marco regulatorio de concesiones y transferencias a terceros de recursos naturales en territorios indígenas, en relación con el deber estatal de consultar cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos concer-

nidos.<sup>2</sup> También profundizaremos en el rol del Estado como garante de derechos en la negociación entre comunidades y empresas.

*PALABRAS CLAVE: Consulta libre previa e informada, Debida diligencia, Empresas y derechos humanos, Negociación*

<sup>2</sup> Víctor Toledo recomienda el uso en castellano de la noción “pueblos concernidos” y no de “pueblos interesados”, como se traduce usualmente, ya que el original es “peoples concerned”- “peuples concernés”. En este texto se preferirá la traducción literal y exacta.

## INTRODUCCIÓN

La prensa especializada en Chile señala incansablemente que hay decenas de miles de millones de dólares de inversión detenidos debido a la “excesiva judicialización” de los proyectos de inversión<sup>3</sup> por parte de comunidades y pueblos indígenas que se sienten afectados por los mismos, así como por movimientos ecológico-políticos. La opinión pública dominante responsabiliza al Estado por la situación: en efecto, un número considerable de proyectos de inversión fue rechazado o postergado en el período cubierto por este *Informe* por no haber cumplido el Estado con la CPLI estipulada en el Convenio 169.

El Estado de Chile debe ser garante de los derechos humanos universales consagrados en los tratados internacionales que ha ratificado y de los derechos de los pueblos indígenas en particular. También tiene una deuda especial e histórica en materia de derechos indígenas, en relación con su reconocimiento constitucional y sus derechos territoriales, a la cultura y a la autodeterminación.<sup>4</sup> Este capítulo explorará hasta qué punto el Estado chileno ha cumplido con su rol garante a través de los nuevos reglamentos de consulta que ha dictado, en materia de regulación sectorial de minería,<sup>5</sup> y en el contexto de relaciones cada vez más intensas entre las comunidades indígenas del norte de Chile y las empresas mineras que invierten en sus territorios.<sup>6</sup> Para estos efectos, evaluaremos tanto el proceso que resultó en la dictación de los dos reglamentos de consulta previa aplicables en Chile— el DS 40 y el

**3** El Pulso: “‘Lomos de toro’ han frenado US\$70.000 millones en inversiones”, 12 de mayo de 2014.

**4** Véase, especialmente, Informes 2012 y 2011. También, INDH, *Informes anuales de la situación de derechos humanos en Chile*, 2013-2011; Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Informe final, 2003.

**5** No nos referiremos aquí a la discusión sobre si la consulta debiera ser regulada por una ley. Ver Jaime Anaya, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 1 de julio de 2013, Documento A/HRC/24/41, párr. 44. Véase, además, INDH, *Informe misión de observación Mesa de Consenso Indígena*, agosto de 2013.

**6** Sobre el caso de San Pedro de Atacama, y la antigua y característica tensión entre linajes, transporte, minería y pueblos indígenas en la zona, ver Alonso Barros, “Desarrollo y Pachamama: Paisajes conflictivos en el desierto de Atacama”, *Estudios Atacameños*, 13, 1998, pp. 75-94.

Reglamento General de Consulta Indígena (en adelante, DS 66), como el contenido de estos, y si son consistentes con el derecho internacional de los derechos humanos.

Como ejemplos de la relación entre comunidad y empresas, seleccionamos dos pueblos y comunidades indígenas para ilustrar la variedad de situaciones que se producen ante la falta o deficiencias de la CPLI: en la IV Región, el caso de la Comunidad Colla del Río Jorquera; y, en la Región de Antofagasta, el caso de Peine y el Consejo de Pueblos Atacameños (Área de Desarrollo Indígena (en adelante, ADI) Atacama la Grande), ambos en relación con el impacto de la industria extractiva.

Se analizarán estos casos a la luz de: 1) el deber del Estado de consultar las medidas administrativas y legislativas “susceptibles de afectar directamente” a las comunidades; y 2) la responsabilidad internacional de las empresas de actuar con la debida diligencia en materia de derechos humanos, en diálogo y relación con las comunidades.

## 1. NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES

Uno de los principales derechos humanos afectados por proyectos de inversión y medidas estatales es el de la propiedad territorial indígena (comunitaria y mancomunitaria), consagrado, por ejemplo, en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incluye el derecho al agua reconocido por una Declaración de la Asamblea General de la ONU<sup>7</sup> y derechos sustantivos consagrados en el Convenio 169.<sup>8</sup> Para la efectiva protección de estos derechos, el Estado asumió la obligación de efectuar un proceso de CPLI con los pueblos indígenas cada vez que prevea adoptar cualquier medida que sea “susceptible de afectar directamente” a los pueblos concernidos (artículos 6 y 7 del Convenio 169, confirmado en la DNUDPI).<sup>9</sup> Estos derechos se fundan conceptualmente en la libre determinación de los pueblos, que, en los pueblos indígenas, no suele implicar pretensiones de soberanía estatal. Más bien, se trata de definir las prioridades de desarrollo y las medidas a tomar en los territorios, sin que ello ponga en entredicho la soberanía del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra el pueblo concernido. De este modo, que la CPLI sea efectivamente vinculante en casos de protección ambiental,<sup>10</sup> desplazamiento forzo-

<sup>7</sup> Ver una interpretación autoritativa de su legitimidad y valor jurídico en: Anaya, *Informe a la Asamblea General de la ONU*, 21 de octubre de 2013, A/68/317, párrs. 57-67.

<sup>8</sup> Para los pueblos del norte de Chile (no así del sur), la Ley Indígena chilena reconoce ese derecho en su art. 64. Varios fallos de la Corte Suprema avalan el derecho preexistente al agua (fallos *Chusmiza Usmagama* y *Toconce ESSAN*). Un fallo reciente reconoce también el derecho indígena preexistente a la tierra (Corte Suprema, Casación en el Fondo, *DGA contra CODELCO* (en favor de Toconce), 2013).

<sup>9</sup> Ver *Informes* 2012 y 2011.

<sup>10</sup> OIT, Convenio 169, art. 4.2.

so,<sup>11</sup> riesgo de supervivencia física o cultural de un pueblo<sup>12</sup> o depósito de desechos peligrosos en un territorio,<sup>13</sup> no pone en tela de juicio la soberanía del país. En el norte de Chile, los pueblos y comunidades concernidos son dueños de territorios, contando algunos con títulos inscritos en el registro público de propiedad según la ley chilena. Entre las prerrogativas de todo propietario está la de permitir o negar el acceso o el uso de suelo privado.<sup>14</sup> No obstante, según el derecho chileno, el Estado es dueño del subsuelo.

### 1.1. Normas aplicables a los Estados

El artículo 6 del Convenio 169 establece que, cada vez que se prevea dictar una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena, el Estado debe efectuar una CPLI con el pueblo concernido. Según las fuentes internacionales –que comprenden los tratados antes citados, y la interpretación auténtica y autoritativa que han proporcionado expertos y tribunales internacionales instaurados por la ONU, la OEA y la OIT–, el derecho a CPLI implica que el Estado actúe con debida diligencia y buena fe en todas sus gestiones al respecto, esto es, con miras a proteger la libre determinación y la propiedad territorial de los pueblos concernidos, entre otros derechos humanos fundamentales.<sup>15</sup>

Específicamente, el artículo 15 del Convenio 169 establece que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados (...) antes de emprender o

<sup>11</sup> Véase también, Anaya, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 84.

<sup>12</sup> Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, párr. 85.

<sup>13</sup> ONU, Declaración sobre los Pueblos Indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007, art. 29.2.

<sup>14</sup> Sin perjuicio de la clásica facultad que asiste en general a toda persona para examinar y abrir la tierra con el objeto de buscar sustancias minerales, incluso en terreno ajeno, por ejemplo, cuando la tierra es abierta e inculta (ver José Luis Ossa, *Derecho de minería*, Editorial Jurídica, 1999, p. 57 y ss.), lo que no se ha contrastado judicialmente con la propiedad indígena.

<sup>15</sup> En este sentido, Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit.; ver también Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal 2014*, Chile, 4 de junio de 2009, A/HRC/12/10, párr. 66; ibíd., *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal 2014*, Chile, 2 de abril de 2014, A/HRC/26/5, párr. 121.169 y ss.; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), CERD/C/CHL/CO/19-21, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° periodo de sesiones* (12-30 del agosto de 2013), 30 de agosto de 2013, párr. 14b.

autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. A diferencia de la CPLI establecida en el artículo 6 y de la participación establecida en el artículo 7, el artículo 15 no contempla un requisito de “susceptibilidad de afectación directa” o de daño u otro efecto negativo.

Conforme al derecho internacional, no es siquiera necesario que las tierras indígenas estén reconocidas oficialmente para ser consideradas como tales a efectos de aplicar el deber de CPLI.<sup>16</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) reiteró en el caso Saramaka que la Convención Americana de Derechos Humanos protege a los territorios ocupados por los pueblos indígenas y establece la obligación estatal de consultar acerca de la delimitación, demarcación y titulación de estos. La Corte IDH también examinó las protecciones cuando dichos derechos de propiedad pueden ser restringidos por el otorgamiento de concesiones forestales y de minería. Específicamente, identificó tres protecciones en su artículo 21 que rigen cuando se realiza un proyecto de desarrollo o se otorga una concesión dentro de territorio indígena:<sup>17</sup>

- primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [indígena], de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio;
- segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo [indígena] beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y
- tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio [indígena] a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Cuando un territorio tradicional carece de título inscrito y no se reconoce *de jure* el título ancestral en una jurisdicción nacional, aplica, en todos los casos, el consentimiento previo, libre e informado.<sup>18</sup> El

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil de la Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF) Documento GB.304/14/7, párr. 45 y párr. 48; OIT, *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 por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), Documento GB.299/6/1

<sup>17</sup> Corte IDH, op. cit., párr. 129.

<sup>18</sup> Íd.



Convenio 169 establece además que la información de la que deben disponer las comunidades antes y durante el proceso de consulta es esencial para que puedan pronunciarse fundadamente, y participar en igualdad de condiciones.<sup>19</sup>

Con relación al carácter previo, los plazos y la temporalidad de la consulta, específicamente para proyectos de minería, se colige que esta debe ser continua –a lo largo de cada una de las fases del ciclo minero–<sup>20</sup> y realizada con anterioridad a la intervención en el territorio. En cuanto a los plazos<sup>21</sup> para realizar la consulta, “deben respetarse [los] propios ritmos temporales” de los pueblos concernidos.<sup>22</sup>

### 1.1.1. La buena fe

Incluso en los órganos internacionales se ha debatido poco sobre el concepto de “buena fe” que regula la consulta. Cabe recordar que se ha cuestionado ante los tribunales de justicia la buena fe del gobierno en el proceso de consulta de los DS 40 y DS 66. Según el Relator Especial James Anaya, “el principio de buena fe (...) impone conductas de diligencia debida a los órganos del Estado para identificar cuando una medida que se propone adoptar pueda afectar a los pueblos indígenas, y para proporcionar la información necesaria y asistencia técnica de modo proactivo. El reglamento de consulta debe incorporar tales directrices de transparencia activa y diligencia debida. Asimismo, el reglamento de consulta debe contemplar medidas de garantía de cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta”.<sup>23</sup>

Anaya ha hecho hincapié en que, respecto a la consulta, al Estado le corresponde “desplegar esfuerzos para la instauración de un clima de confianza en relación con los pueblos indígenas”.<sup>24</sup> Considera, asimismo, que la buena fe también requiere que los pueblos indígenas puedan participar en pie de igualdad en los diálogos y negociaciones sobre medidas administrativas o legislativas. Para ello es necesario que los procesos de

<sup>19</sup> OIT, Convenio 169, op. cit. Especialmente los primeros siete arts., incluyendo el 7.3.

<sup>20</sup> Sobre el ciclo minero, véase multimedia sobre el ciclo minero en CIPER Chile, “El itinerario paso a paso del proceso minero a través de los distintos mecanismos del Estado”, sin fecha, sección multimedia. Véase también, por ejemplo, OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R.), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), Documento GB.303/19/7, párr. 31.

<sup>21</sup> OIT, *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 por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Documento GB.282/14/3, párr. 79.

<sup>22</sup> Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit., párr. 69.

<sup>23</sup> Anaya, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”*, Chile, noviembre de 2012, párr. 64.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párr. 65.

consulta incluyan mecanismos estatales para que, sin comprometer su autonomía, los pueblos indígenas puedan contar con los recursos necesarios para asistir a reuniones, acceder a, y compartir, información relacionada a los procesos<sup>25</sup> y disponer de apoyos técnicos o profesionales libremente elegidos.<sup>26</sup> Ello implica que los pueblos indígenas estén de acuerdo con los procedimientos de consulta que se utilizarán.<sup>27</sup>

### **1.1.2. Susceptibilidad de afectación directa y medio ambiente**

La “susceptibilidad” de afectación directa apunta al principio de prevención ambiental, esto es, a la necesidad de realizar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) de manera precautoria. En efecto, no se requiere una afectación profunda o significativa, sino que basta con que esta sea directa (por ejemplo, cavar sin permiso en tierras indígenas). Es suficiente la mera “susceptibilidad” de afectación directa para que, de acuerdo a la ley, necesariamente deba producirse CPLI. En lo que concierne a medidas de protección al medio ambiente, la consulta del Convenio 169 es particularmente exigente. El artículo 4 de ese mismo instrumento establece: “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; [...] Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.

Si a lo anterior se suman los artículos 4.2, 7.4, 13.1 y 15.1 del Convenio 169, resulta claro que el Estado tiene el deber especial de respetar y hacer respetar la relación que los pueblos indígenas mantienen con su hábitat y, por lo tanto, con el medio ambiente donde viven. La Corte Suprema ha señalado que diversos tratados internacionales ratificados, especialmente la Convención de Río de 1992, “reconoce[n] la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos”.<sup>28</sup> Por eso, el deber de realizar CPLI a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por una resolución de calificación ambiental, ha sido ratificado en diversos fallos de la Corte Suprema, recaídos incluso sobre meras Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA).<sup>29</sup>

<sup>25</sup> OIT, *Informe Guatemala*, op. cit., párr. 49.

<sup>26</sup> Anaya, *Comentarios del Relator Especial*, op. cit., párr. 66.

<sup>27</sup> OIT, *Informe Colombia*, op. cit., párrs. 42 y 72.

<sup>28</sup> Corte Suprema, *Machi Francisca Linconao contra Forestal Palermo*, 2009, considerando 6. Ver también Juan Jorge Faúndes, “Primera sentencia que aplica el Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende el concepto de territorio, hábitat y protección de la cultura de los pueblos indígenas”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 1, 1, 2010, pp. 97-113.

<sup>29</sup> *Faumelis Manquepillan contra Comisión Medio Ambiente*, 4 de enero de 2011 (Caso Lanco); *Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta*, 13 de julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama); *Comunidad Indígena AntuLafquén de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Am-*

La jurisprudencia de la OIT es clara respecto a que cualquier decisión de un órgano del Estado emitida para permitir algún tipo de inversión o actividad dentro de un territorio indígena se considera una “medida administrativa” y está sujeta a la norma de consulta. Así, los comités revisores han concluido que la norma de consulta se aplica a un “contrato” para la explotación de recursos,<sup>30</sup> a una “licencia ambiental” para exploración de recursos,<sup>31</sup> a una “licencia de exploración” de recursos<sup>32</sup> y a una “resolución” para concesiones forestales.<sup>33</sup> Además, en publicaciones oficiales interpretando el derecho de consulta, la OIT ha indicado que la frase “medidas administrativas” incluye “decretos” y otras “disposiciones administrativas”.<sup>34</sup> La conclusión de que los decretos de concesión constituyen “medidas administrativas” es consistente además con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile.<sup>35</sup>

### 1.1.3. Representación y consentimiento

El principio básico del derecho internacional sobre representatividad requiere que las instituciones representativas sean definidas y establecidas por los mismos pueblos indígenas.<sup>36</sup> Anaya destaca que el proceso debe llevarse adelante con una “amplia” representación de los pueblos y comunidades. Aunque ello no está prohibido de manera explícita por el Convenio, los representantes sin respaldo en las comunidades (ya sean rurales o urbanas) difícilmente podrán cumplir con el criterio de representatividad. Existe un sistema formal de acreditación indígena en Chile, al amparo de la Ley Indígena de 1993, que contiene reglas muy claras de reconocimiento, personería y re-

*biente Región Los Lagos*, 22 de marzo de 2012 (Caso Parque Eólico Chiloé); *Marcelo Condore y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá*, 30 de marzo de 2012 (Caso Sondajes de Prospección Paguanta).

**30** OIT, *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 por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Documento GB.282/14/2 (en adelante Informe Ecuador).

**31** *Íd.*

**32** OIT, *Informe Guatemala* op. cit.; OIT, *Informe Brasil*, op. cit., párr. 50.

**33** OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por la Central Obrera de Boliviana (COB), Documento GB.274/16/7 (en adelante Informe Bolivia).

**34** OIT, *Convenio Número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual*. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 2003, p. 15.

**35** Sentencias Corte Suprema, *Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta*, 13 de julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama), *Marcelo Condore y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá*, 30 de marzo de 2012 (Caso Sondajes de Prospección Paguanta), 2011; *Comunidad Indígena AntuLafquén de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Los Lagos*, 22 de marzo de 2012 (Caso Parque Eólico Chiloé).

**36** OIT, *Informe Ecuador*, op. cit., párr. 44; OIT, *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 por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), Documento GB.289/17/3, párr. 102; OIT, *Informe Argentina*, op. cit., párrs. 73-76.

presentación, en el que la “comunidad indígena” es la organización indígena reconocida, teniendo mayor representatividad territorial en el norte de Chile.

Ante la inexistencia, como en el caso mapuche, de una estructura representativa global, formal o informal, o ante liderazgos plurales, cuestionados o paralelos, el Estado tiene la obligación de convocar a todas las organizaciones indígenas al proceso de consulta. Cuando algunos pueblos o comunidades rehúsan participar, el Estado puede prescindir de su acuerdo explícito, siempre que se haya verificado que no han existido presiones o amenazas de por medio para no participar.

El derecho internacional aún no ha resuelto cómo valorar la participación *parcial* de un grupo o pueblo a consultar. Se plantea la duda de si un grupo relativamente pequeño puede aprobar una medida sobre la que otros grupos importantes del mismo pueblo no fueron escuchados o se han rehusado a participar. El criterio mínimo debe ser que en todo caso el Estado cumpla con su rol de garante, como explicaremos en seguida.

Resulta jurídica y políticamente conflictivo qué deben hacer los Estados (y las empresas, por su parte), si los pueblos concernidos por una medida no le dan su consentimiento, cuando, a pesar de haberse hecho todos los esfuerzos de diálogo, consulta y buena fe posibles, no se llega a una acuerdo sobre la implementación de un proyecto. El Estado podría, conforme a la interpretación más autorizada, prescindir del consentimiento indígena. Anaya sostiene al respecto: “los pueblos indígenas afectados podrían estar justificados en abstenerse de dar su consentimiento en relación con una iniciativa propuesta, y dicha iniciativa no debería ponerse en práctica sin el consentimiento de estos, si el Estado no ha demostrado que los derechos de los pueblos indígenas afectados estarán debidamente protegidos en virtud del proyecto propuesto, o si el Estado no ha adoptado las medidas adecuadas para mitigar los efectos adversos del proyecto propuesto”.<sup>37</sup> Como han declarado la OIT y la Corte Suprema,<sup>38</sup> a la luz del Convenio 169, las comunidades deben tener “posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del [proyecto], en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”.<sup>39</sup>

**37** Anaya, *Informe del Relator Especial 2011*, op. cit., párr. 86.

**38** OIT, *Informe México*, op. cit., párrs. 94-95; Corte Suprema, *Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta*, 13 de julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama), *Marcelo Condore y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá*, 30 de marzo de 2012 (Caso Sondajes de Prospección Paguanta); *Comunidad Indígena AntuLafquén de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Los Lagos*, 22 de marzo de 2012 (Caso Parque Eólico Chiloé).

**39** Corte Suprema, *Marcelo Condore y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Re-*

## 2. LA “CONSULTA DE LA CONSULTA” EN CHILE

Aunque es imposible dar cuenta de la situación en su diversidad y hacer justicia a las distintas posturas de los 9 pueblos indígenas en Chile y sus integrantes frente al Estado, se puede afirmar que las relaciones entre ambos están marcadas por un clima de desconfianza: la violencia policial en territorios mapuche,<sup>40</sup> especialmente contra niños, que ha ocasionado cuatro víctimas fatales a manos de la policía; la falta de implementación de las recomendaciones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato;<sup>41</sup> la ausencia de reconocimiento constitucional “como un primer paso hacia la resolución concertada de sus reclamos”<sup>42</sup> y de representación política; la discriminación histórica y actual; las dificultades en la regularización o entrega de tierras comprometidas en la Ley Indígena<sup>43</sup> (ver el capítulo de Antonia Rivas en este *Informe*); la inexistencia de una política de reparación<sup>44</sup> y reconocimiento de la guerra de ocupación en la Araucanía a finales del siglo XIX; la falta de respuesta positiva a las demandas del pueblo rapanui; y las fallas institucionales en la protección de territorios y recursos naturales en el norte; han acrecentado la desconfianza de los pueblos indígenas, especialmente del mapuche. Como reconoció el ex asesor de Asuntos Indígenas del gobierno de Chile, Matías Abogabir, este contexto dificultó naturalmente el proceso de “consulta de la consulta”, tal como la desconfianza del Estado de Chile hacia parte de su población –la indígena– significó que la oficina encargada de la consulta de la consulta tuviera que convencer a distintos actores dentro de los Ministerios que el proceso era necesario y oportuno.<sup>45</sup> El homicidio del matrimonio Luchsinger-MacKay en enero de 2013,<sup>46</sup> las actividades de la Coordinadora Arauco Malleco en los años noventa y 2000,<sup>47</sup> y las quemaduras de propiedad de empresas forestales, han generado desconfianza en el Estado y las elites del país hacia los

*gión Tarapacá*, 30 de marzo de 2012 (Caso Sondajes de Prospección Paguanta). Véase también OIT, *Informe Colombia*, op. cit., párr. 90.

<sup>40</sup> Véase *Informes* 2013, 2012 y 2011; INDH, *Informes anuales*, op. cit.; Fundación ANIDE, *Informe sobre violencia institucional hacia la niñez mapuche en Chile*, presentado ante la CIDH, agosto de 2012.

<sup>41</sup> *Informe* 2003.

<sup>42</sup> CERD, *Observaciones finales* 2013, op. cit., párr. 13; y, CERD, *Observaciones finales*, Chile, CERD/C/CHL/CO/15-18, 13 de agosto de 2009, párr. 16.

<sup>43</sup> CERD, *Observaciones finales* 2013, op. cit., párr. 13; CERD, *Observaciones finales* 2009, op. cit., párr. 16.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párr. 24.

<sup>45</sup> Entrevista a Matías Abogabir, 2 de junio de 2014.

<sup>46</sup> Corte Suprema, *Ministerio Público con Celestino Córdoba T.*, sentencia del 12 de mayo de 2014.

<sup>47</sup> Véase, por ejemplo, Fernando Pairicán y Rolando Álvarez, “La nueva Guerra de Arauco: La Coordinadora Arauco Malleco en el Chile de la Concertación de Partidos por la Democracia (1997- 2009)”, *Revista Izquierdas*, 10, 2011, pp. 66-84. No es posible profundizar en el análisis del tema en el espacio de este capítulo.

pueblos indígenas, especialmente del sur. Es parte de este panorama la incomprensión de las elites políticas y económicas de un modelo económico, cultural y social distinto; y su rechazo al concepto de un Estado pluricultural y plurinacional.

### 2.1. Fracaso de procesos anteriores

La “Consulta de la Consulta” fue un proceso desarrollado por el poder ejecutivo del Estado chileno para cumplir con su deber de consultar a los pueblos indígenas conforme al Convenio 169; en el caso concreto, se buscaba consultar las medidas reglamentarias que el gobierno de esa época consideraba necesarias para implementar y regular el proceso de consulta en general y, especialmente, el del marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA), con las que se pretendía reemplazar el DS 124 de 2009 de MIDEPLAN.

Tras fracasar la Gran Consulta convocada por el gobierno el 5 de septiembre de 2011<sup>48</sup> –que debía abarcar temas de institucionalidad indígena, reconocimiento constitucional y procesos de consulta previa–,<sup>49</sup> se tomó la decisión de avanzar separando los tres temas. Así, las sucesivas modificaciones del reglamento sobre el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA) fueron consultadas en forma separada (o no lo fueron), en un proceso de participación sui generis que estuvo lejos de cumplir los estándares internacionales. En agosto de 2012, “luego de un proceso de diálogo con diversas organizaciones indígenas”,<sup>50</sup> el gobierno envió una propuesta para una nueva regulación solicitando comentarios. A partir de ese documento, se generó un proceso de discusión en la sociedad civil y al interior de las comunidades. En un Gran Encuentro de los Pueblos Indígenas, convocado por el gobierno en diciembre de 2012 (apoyado logísticamente por este y en aspectos técnicos por Naciones Unidas), se recibieron también los comentarios del Relator Especial.<sup>51</sup> Tras fracasar el Gran Encuentro de, críticos en parte, Pueblos Indígenas y tras retirarse del proceso un gran número de consejeros y personeros de pueblos y comunidades indígenas, un grupo de estos de distintos orígenes se organizó en la Coordinadora Nacional Indígena, liderada por el consejero mapuche urbano de la CO-NADI, Marcial Colín. Dicha organización decidió participar, reuniendo a personas de casi todos de los pueblos originarios de Chile, en la Mesa de Consenso levantada tras el fracaso del Gran Encuentro.

48 Radio Universidad de Chile: “Vocero mapuche valora la suspensión de la ‘Gran Consulta Indígena’”, 5 de septiembre de 2011.

49 Ministerio de Desarrollo Social, *Informe final, “Consulta Indígena. Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”*, 29 de octubre de 2013.

50 Ministerio de Desarrollo Social, *Informe de trabajo, “Consulta Indígena. Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”*, 6 de agosto de 2013.

51 INDH, *Informe intermedio de observación a la Mesa de Consenso*, 17 de abril de 2013, p. 5.

## 2.2. Descripción de procesos y resultados de la Mesa de Consenso

Los procedimientos oficiales de la Mesa de Consenso se iniciaron el 12 de marzo de 2013 y terminaron el 29 de julio de 2013. Consistió de 9 sesiones, de tres días cada una. El informe final del gobierno sobre el proceso indica que, “al concluir su trabajo, los representantes de los pueblos indígenas y el gobierno firmaron un protocolo en el que se señala que hay acuerdo en más del 80% de la normativa, entre ellos, la derogación del decreto supremo N°124, el objeto de la consulta, los órganos de la consulta, los sujetos e instituciones representativas, el rol de CONADI, buena fe, procedimientos apropiados, responsable del proceso de consulta, el carácter previo, la pertinencia de la consulta, los plazos y etapas de la consulta, entre otros”. No se alcanzó consenso sobre la definición de “afectación directa”, sobre la exclusión de los proyectos de inversión del reglamento de consulta, y la definición de las “medidas a consultar”.<sup>52</sup> El informe final del gobierno no menciona que los miembros indígenas de la Mesa de Consenso presentaron una solicitud de revisión inmediata del reglamento nuevo del SEA ante Contraloría (aprobado posteriormente como DS 40 de MMA), pidiendo su retiro hasta que se resolviera el reglamento de consulta.<sup>53</sup>

## 2.3. Evaluación de la Mesa de Consenso: Legitimidad y representación

Los considerandos del DS 66 relatan que se desarrolló el proceso de consulta de la consulta “garantizando la participación de los pueblos indígenas, convocando e invitando a todos los pueblos y sus organizaciones representativas, sin discriminación ni restricción alguna”.<sup>54</sup> Todo proceso de legitimación social de una norma, reglamento o medida tiene mayor o menor representatividad o legitimidad según el quórum y mecanismos de representación y de toma de decisiones para su elaboración. En la Mesa de Consenso hubo carencias y un bajo grado de representación y participación, que los representantes de organismos independientes consideraron insuficiente.<sup>55</sup> Inicialmente, el gobierno impuso de oficio a los ocho consejeros de CONADI como participantes en el proceso (seis de ellos se retiraron luego),<sup>56</sup> sin que dicho rol fuera refrendado y validado por las organizaciones territoriales y comunitarias afectadas.

Se podría argumentar que los consejeros indígenas de la CONADI ya estaban validados por elección y que el gobierno tenía razón en

<sup>52</sup> Ver, en particular, observaciones de los pueblos indígenas en Ministerio de Desarrollo Social, *Informe de trabajo*, op. cit., pp. 77-78.

<sup>53</sup> INDH, *Informe misión de observación*, op. cit., pp. 11-13.

<sup>54</sup> Decreto Supremo 66, Ministerio de Desarrollo Social, publicado en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2014.

<sup>55</sup> INDH, *Informe misión de observación*, op. cit., pp. 14-18.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 15, nota 27.



integrarlos al proceso. Pero, como parece existir una desconfianza considerable en el mundo mapuche hacia la CONADI (ver capítulo de Antonia Rivas en este *Informe*), ello no garantizaba el respaldo de las comunidades, sobre todo luego de que tres cuartos de los consejeros se restaran del proceso. Además, se hizo visible que no existe un mecanismo de solución de conflictos sobre la representación de los pueblos y comunidades.

El gobierno resolvió “escuchar a todos”.<sup>57</sup> Es necesario, sin embargo, que existan mecanismos que permitan decidir cuánto peso asociar a cada observación u opinión: personas podrían “representar” opiniones sin respaldo e, incluso, ser susceptibles a influencias indebidas. Algunas comunidades indicaron que no recibieron invitación a participar de la Mesa;<sup>58</sup> diversas agrupaciones, autoridades e instituciones representativas, fueron expresamente excluidas por parte de los representantes indígenas que ya formaban parte del proceso.<sup>59</sup> Ello contradice lo informado por el gobierno de la época, que declaró haber invitado a todas las comunidades de manera oportuna.<sup>60</sup>

Además, como se puede apreciar de la tabla de asistencia presentada por el gobierno en su Informe final, así como en el Informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH), varios personeros indígenas fueron abandonando la Mesa al ver que el gobierno no se abría al diálogo en materias imprescindibles para ellos.<sup>61</sup>

El proceso se fue complicando, concluyendo solo con el respaldo del gobierno y unos pocos representantes.<sup>62</sup> Desde mayo de 2013, las actas ya no fueron firmadas por todos los asistentes, debido a la falta de acuerdo sobre lo que en ellas constaba.

Asimismo, los representantes de comunidades quechua refieren que sus documentos o contrapropuestas no fueron tomados en cuenta en su parte medular, en relación a los derechos que iban a ser limitados respecto a la consulta sobre concesiones y proyectos de inversión.<sup>63</sup> Algunas de estas propuestas, como la de Arica-Parinacota, según las comunidades respectivas, fueron aprobadas de manera irregular, ya

**57** Abogabir, op. cit.

**58** Entrevista a Ladín Barreda, presidente de la Comunidad Lickanantay de Peine, 9 de julio de 2014.

**59** INDH, *Informe misión de observación*, op. cit., p. 15, relativo a las comunidades pertenecientes a la ADI de Ercilla y otros.

**60** Véase DS 66, considerando 10.

**61** Por ejemplo, la participación de Wilfredo Bacián, presidente de la Comunidad Quechua de Quipisca, en la Mesa de Consulta, se limitó a cuatro de las nueve sesiones reportadas por el gobierno en su Informe final (Sesiones 2ª: 12 y 13 de marzo; 3ª: 25, 26 y 27 de marzo; 4ª: 9 y 10 de abril; 5ª: 24, 25 y 26 de abril; y 6ª: 8, 9 y 10 de mayo); Mauricio Hidalgo, presidente de la Comunidad Quechua de Huatacondo, participó en tres sesiones.

**62** Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas: “Por el ejercicio del derecho a la consulta y participación”, 7-9 de agosto de 2013, sin firmas ni lista de firmantes. Véase comentario en el periódico mapuche *Mapuexpress*.

**63** Ministerio de Desarrollo Social, *Informe final*, op. cit., p. 54 y ss.



que no había sido ratificada por la asamblea de comunidades.<sup>64</sup> Estos problemas, argumentaron algunos, constituirían evidencia de mala fe de parte del gobierno.<sup>65</sup>

El múltiple rol asignado al asesor de Asuntos Indígenas del Ministerio del Desarrollo Social significó una dificultad adicional en el proceso. Éste debió coordinar el proceso de “consulta de la consulta” y también responder preguntas de todas las otras partes interesadas –incluyendo de empresarios– sobre temas indígenas.<sup>66</sup> En ese múltiple rol, no logró instalar o mantener la confianza de todos los participantes hacia el Estado o su propia persona. Representantes de una comunidad quechua, por ejemplo, obtuvieron la copia de un correo electrónico de una fuente anónima, que contiene un acta del Consejo Minero o su borrador, según el cual el asesor afirmó que, “de manera excepcional, se pueden hacer reasentamientos de personas indígenas en el caso de proyectos ingresados al SEIA sin que se haya alcanzado el consentimiento de los afectados. Para esto se requiere que el servicio ambiental verifique que se agotaron las instancias para alcanzar el acuerdo (y que haya quedado de manifiesto la buena fe del titular)”.<sup>67</sup>

Esta interpretación es contraria al Convenio 169 y a los estándares de la Corporación Financiera Internacional (IFC, en su sigla en inglés) y del Consejo Internacional de Minerales y Metales (ICMM, en su sigla en inglés), por los cuales se rigen varias empresas transnacionales representadas en el Consejo Minero (ver sección 5). Este documento rompió definitivamente la confianza de algunos personeros en la Mesa.

No se logró consenso sobre el régimen de concesiones y exploraciones en territorio indígena o, en general, sobre la consulta de proyectos de inversión.<sup>68</sup> El DS 40 se aprobó sin cumplir con los estándares del Convenio 169. La escasa voluntad política del gobierno –más allá de la Oficina de Asuntos Indígenas– para dialogar con sinceridad sobre los temas más importantes para los pueblos concernidos no ayudó a crear las condiciones elementales de la consulta. El mismo ex asesor declaró en una entrevista para este informe que “la pelea no fue fácil también al interior del gobierno, porque había que hacer entender a Ministerios tan lejanos de la realidad indígena”.<sup>69</sup>

**64** *Mapuexpress*: “Declaración: Representantes aymara, lickanantai y quechua se retiran de mesa de consenso de consulta indígena”, 30 de mayo de 2013.

**65** Marcial Colín, Mirna Cortés, Ana Llao Llao y otros, Informe sometido al Contralor General de la República en relación a la toma de razón del Decreto Supremo 40 del Ministerio de Medio Ambiente. El argumento de mala fe también ha sido presentado en audiencia ante la CIDH, Claudia Paillalef, Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebradas de Coscaya, Aroma y Miñe Miñe, el 27 de marzo de 2014, en relación a los reglamentos DS 66 y DS 40.

**66** Abogabir, op. cit.

**67** Comunidad Quechua de Quipisca, correo electrónico, 9 de mayo de 2013.

**68** Colín y otros, op. cit.

**69** Abogabir, op. cit.

El inédito esfuerzo que hizo el gobierno por abrir una instancia de diálogo directo y formal con los pueblos indígenas en Chile es de por sí encomiable y cabe reconocer los ingentes esfuerzos realizados en esa dirección. Sin duda, la Mesa de Consenso produjo interesantes jornadas de debate y trabajo, intensas y productivas. Pero, a final de cuentas, además de la falta de representatividad, no hubo verdadero diálogo sobre los temas más complejos. El Comité de Eliminación de la Discriminación Racial (CERD en sus siglas en inglés) reiteró al Estado de Chile su recomendación de “garantizar la consulta de los pueblos indígenas, como una medida de participación efectiva en lo que respecta a toda disposición legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente sus derechos a la tierra y a los recursos que poseen o que tradicionalmente han utilizado, consagrado en estándares internacionales” y no ha validado explícitamente el proceso de la Mesa de Consenso como cumplimiento con esta obligación.<sup>70</sup>

Recientemente, el Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, expresó preocupación respecto a “que los pueblos indígenas no sean consultados previamente en el proceso de adopción de decisiones respecto de cuestiones que afectan a sus derechos y que todavía no se haya establecido un mecanismo efectivo de consulta y participación indígena, de acuerdo a las normas internacionales [...] pese al contenido de [...] anteriores observaciones finales”, y lamentó “la lentitud en la aprobación de la reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas y la morosidad en la aprobación del proyecto para la creación del Consejo de Pueblos Indígenas. [...] El Comité recomienda a Chile que: a) acelere el proceso de reforma constitucional y que incluya el reconocimiento de los pueblos indígenas; b) realice todos los esfuerzos posibles, consultando a las comunidades indígenas, para la creación del Consejo de Pueblos Indígenas; c) se establezca un mecanismo efectivo de consulta y que este se ajuste a los principios del artículo 27 del Pacto y garantice el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas con respecto a decisiones relativas a proyectos que afecten a sus derechos, en particular debe velar por que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado, de las comunidades indígenas antes de que se adopte cualquier medida que ponga en peligro sus actividades económicas de importancia cultural o interfiera sustancialmente en ellas; y d) redoble sus esfuerzos encaminados para garantizar el pleno derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”. La insistencia del Comité en este sentido ha sido cada vez más enfática e insoslayable.

70 CERD, *Comité reitera sus observaciones finales anteriores*, (2013), párr. 16.

### 3. LA CONSULTA DEL REGLAMENTO DEL SEA

Varios representantes de pueblos indígenas se restaron del proceso de consulta del reglamento ambiental por no aceptar que se rija por el DS 124, considerado contrario al Convenio 169, y por la falta de garantías procesales y de diálogo sobre puntos cruciales.<sup>71</sup>

#### 3.1. Descripción de los elementos claves del proceso

La normativa sobre consulta recogida en el DS 40 no se condice con la normativa internacional. En marzo de 2014, en una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el gobierno chileno reconoció las deficiencias y se comprometió a enmendar el reglamento para garantizar su concordancia con el derecho internacional sobre CPLI.<sup>72</sup> Además, el proceso de participación de los pueblos indígenas que precedió la adopción del reglamento, no estuvo acorde con las obligaciones internacionales de Chile sobre consulta previa.

El proceso fue organizado con el apoyo de algunos consejeros indígenas de la CONADI y contó con la asesoría de expertos indígenas. Pero muchas organizaciones representativas de los pueblos indígenas, de norte a sur, se fueron restando del proceso. En total, según afirma el gobierno, “se hicieron 77 talleres con 531 participantes, presentando la regulación planificada y acogiendo propuestas y consultas”<sup>73</sup> Según el Informe final que emitieron el Ministerio de Medio Ambiente (MMA) y el SEA, se acogió un 91% de las opiniones pronunciadas, de las cuales casi un 68% no habría tenido relación con el objeto de la consulta;<sup>74</sup> la declaración de impertinencia en muchos casos no incluyó expresión de razones o fundamentos jurídicos.<sup>75</sup> Se alegó también que el proceso fue solamente informativo y que no se buscó llegar a consensos, además de adolecer de falta de legitimidad por la escasa representatividad de quienes se expresaron sobre las medidas propuestas.<sup>76</sup>

El Informe final muestra –directa e indirectamente– los problemas del proceso. Aunque el SEA respondió explícitamente a cada una de

<sup>71</sup> Véase Ministerio de Medio Ambiente/Servicio de Evaluación Ambiental, *Informe final: Proceso de consulta indígena sobre el reglamento del SEIA. Guías de procedimientos de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios*, sin fecha.

<sup>72</sup> CIDH, audiencia del 27 de marzo de 2014; intervienen Claudia Pailalef, Nancy Yáñez, Sergio Campusano.

<sup>73</sup> MMA/SEA, *Informe final: Proceso de consulta indígena sobre el reglamento del SEIA. Guías de procedimientos de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios*, sin fecha.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>75</sup> CIDH, audiencia del 27 de marzo de 2014, op. cit.

<sup>76</sup> INDH, *El deber de consulta previa en la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental*. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013, Sesión Extraordinaria 152.

las observaciones recogidas en el proceso de socialización y en los talleres, la categorización y en parte también las respuestas demuestran una actitud formalista y orgánicamente rígida, que se explica desde la lógica del derecho administrativo, pero que genera una serie de inconsistencias entre el proceso y el derecho internacional.

Así, el informe rechazó de manera sistemática, como “no pertinentes”, las observaciones, críticas o sugerencias indígenas sobre el mismo proceso. Descartó por ilegalidad temas fundamentales para los pueblos y las comunidades: como la exclusión de la geotermia de las consultas,<sup>77</sup> temas de agua,<sup>78</sup> la petición de que todo proyecto en territorio indígena se consulte<sup>79</sup> y la solicitud que sea el Estado y no las empresas quien ejecute el proceso de consulta.<sup>80</sup> Si el SEA hubiera consultado la temática y no solamente la formulación del reglamento, no hubiera tenido que descartar estas observaciones. Una consulta *previa* debiera haber dado esta opción. Por lo menos, hubiera debido indicar, tal como lo hizo para dos de las observaciones, el órgano al que se reenvió la observación.<sup>81</sup>

Además, toda sugerencia sobre participación de representantes indígenas en la decisión sobre proyectos o en su fiscalización fue descartada.<sup>82</sup> Propuestas interesantes y que corresponden a buenas prácticas internacionales de las industrias, como el requisito de proporcionar un “currículum de daños ambientales” para garantizar una decisión informada, fueron declaradas “no relacionados con la materia”,<sup>83</sup> con el efecto de no ser contabilizadas en el porcentaje de propuestas rechazadas, según la metodología usada por el SEA.<sup>84</sup>

Sorprende que requisitos *explícitos* del derecho internacional sobre CPLI, tales como la solicitud de que se incluya la participación en beneficios en el reglamento, sean descartados como no pertinentes.<sup>85</sup> Se declaró no pertinente por ilegalidad la observación en torno a que el reglamento debía incorporar el consentimiento por desechos peligrosos en territorios indígenas,<sup>86</sup> lo que es obligatorio bajo el Convenio 169.

Asimismo, se rechazó acoger toda observación tendiente a hacer vinculante a la CPLI o a otorgarle, en ciertos casos, poder de veto. Según el derecho internacional, es necesario obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en ciertos casos.

77 MMA/SEA, op. cit., observación 4.2.1.6.

78 *Ibid.*, observación 4.2.1.7.

79 *Ibid.*, observación 4.2.2.10.

80 *Ibid.*, observación 4.2.1.2.

81 *Ibid.*, observaciones 4.7.2.5 y 4.8.2.19. En esta última, sobre el mandato del mismo SEA.

82 *Ibid.*, observaciones 4.4.2.14, 4.5.1.1 y 4.12.2.26.

83 *Ibid.*, observación 4.2.1.11.

84 *Ibid.*, p. 194.

85 *Ibid.*, observación 4.11.2.4.

86 *Ibid.*, observación 5.1.1.6.

El INDH criticó el reglamento por no cumplir con los estándares del Convenio 169, especialmente en lo relativo a la definición de medidas “susceptibles de afectación directa” y la exclusión de las DIA de la consulta.<sup>87</sup> Además, la consulta debiera ser regulada a nivel legal y no solamente en un reglamento de ejecución.<sup>88</sup> El SEA descartó estas observaciones.<sup>89</sup>

Una consulta *informada* hubiera debido resultar en un menor número de observaciones que constituyeran preguntas sobre el proceso mismo y el alcance y significado de la norma consultada. Es indicativo de un proceso no conforme con el Convenio 169 la reiterada observación, por parte de pueblos indígenas de todo Chile, que no tuvieron suficiente tiempo,<sup>90</sup> financiamiento<sup>91</sup> ni herramientas para comprender el lenguaje técnico.<sup>92</sup> La observación más frecuentemente declarada “no pertinente” fue que el proceso de consulta sería inválido mientras siguiera vigente el DS 124 de MIDEPLAN,<sup>93</sup> argumento válido según los estándares internacionales.

Con respecto a la necesidad de consultar todas las fases de un proyecto de ley o reglamento, generan serias preocupaciones en los pueblos indígenas los cambios introducidos al proyecto de reglamento después del proceso de consulta. El borrador fue ingresado varias veces a la Contraloría General de la República para que tomara razón, siendo devuelto para enmiendas y nuevamente presentado.<sup>94</sup> No hay claridad ni transparencia sobre cuáles fueron las razones que llevaron al gobierno y a la Contraloría a introducir cambios, ni si estos respondieron en alguna medida a las observaciones introducidas por los representantes indígenas. Ni el gobierno anterior ni el actual han cumplido con su compromiso de revisar el DS 40 una vez que se adoptara el Reglamento General sobre consulta consagrado en el DS 66.<sup>95</sup>

**87** INDH, *El deber de consulta previa*, op. cit.

**88** Íd.

**89** SEA, Declaración pública, sin fecha.

**90** MMA/SEA, op. cit., observaciones 4.2.2.7, 4.11.1.1, 4.14.1.2, 4.14.1.4, 4.14.1.7 y 4.12.2.19.

**91** Íbid., observaciones 4.2.2.8, 4.3.1.1, 4.3.1.2 y 4.12.1.14.

**92** Íbid., observaciones 4.2.1.19 y 4.5.1.7. Ilustran la falta de comprensión de lo que el Estado debiera asegurar, por ejemplo, las observaciones 4.2.2.5 y 4.12.1.46.

**93** Íbid., observaciones 4.3.1.5, 4.4.1.11, 4.8.1.1, 4.9.11.1.2, 4.12.1.3, 4.12.1.41, 4.12.1.19, 4.17.1.1 y 4.12.1.50.

**94** Abogabir, op. cit.

**95** El gobierno anterior había propuesto dos alternativas: a) la “incorporación del nuevo mecanismo al reglamento del SEIA” o b) la “afinación del mecanismo [...] mediante una nueva consulta de acuerdo al [DS 66]” (MMA/SEA, *Informe final*, op. cit., p. 18). El nuevo gobierno aseguró que iba a retomar la consulta sobre institucionalidad indígena en la audiencia ante el CIDH (27 de marzo de 2014); la presidenta Bachelet anunció que iba a convocar una consulta para los efectos de asegurar la representación indígena en el Congreso y crear un Consejo Indígena (24 de junio de 2014), a lo que también insta el CDH de la ONU en sus recomendaciones más recientes a Chile (op. cit.).

#### 4. EL DS 66 Y EL DS 40. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LOS REGLAMENTOS

En la discusión sobre el DS 66 está en juego el deber del Estado de proteger la propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, es decir, la totalidad del hábitat de las regiones que ocupan o han ocupado tradicionalmente. El derecho internacional reconoce los títulos ancestrales como base de la protección debida a los pueblos indígenas, los que en muchos Estados, incluyendo Chile, no están formalmente reconocidos y/o demarcados. El principal defecto de la nueva reglamentación radica en que excluye de la consulta medidas que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas; la obligación estatal queda sujeta a la calificación arbitraria y a priori de la supuesta “afectación” o “pertinencia de la consulta”, dejada al arbitrio del SEA, o de manera “reglada”, lo que contraviene el Convenio 169, según el cual basta la “susceptibilidad de afectación directa” para que deba realizarse CPLI. Tampoco existe la obligación del SEA de convocar CPLI ex officio en casos de DIA. El DS 66 y el DS 40 exigen de consulta a los organismos responsables de ciertos tipos de medidas e intervenciones estatales en territorio indígena.<sup>96</sup> Ello obligará, en la práctica, a los pueblos concernidos a recurrir, primero, a la justicia chilena y, en último término, a los órganos internacionales, para obtener el cumplimiento de sus derechos por parte del Estado.

##### 4.1. Disposiciones de los DS 40 y DS 66 contrarias al derecho internacional

La técnica regulatoria es deficitaria en relación a los plazos aplicables para la consulta de proyectos de inversión e impacto ambiental: no se sabe, por ejemplo, si como Reglamento General debe aplicarse el DS 66 en subsidio del procedimiento especial de consulta previa contemplado en el DS 40, tanto respecto del artículo 10 de la Ley 19.300 como respecto de la Consulta Indígena en relación con los EIA. En casos de proyectos de inversión que someten meras DIA al SEA, los plazos para exigir y desarrollar un proceso de participación ciudadana son inaceptablemente breves y contemplan mecanismos de comunicación y diálogo inadecuados, vulnerando el Convenio 169, de jure. La práctica interpretativa y de aplicación por parte de los servicios públicos concernidos, mostrará si los plazos fijados de facto cumplen con el derecho internacional.<sup>97</sup> Pensamos que el DS 40 tampoco cumple con

<sup>96</sup> Conforme al DS 66, existe la posibilidad de que los pueblos concernidos y sus integrantes soliciten ser consultados en cualquier momento del proceso de dictación de una medida administrativa. No ocurre lo mismo con el DS 40 en el caso de las DIA: este prevé brevísimos plazos para solicitar la participación ciudadana (y, por extensión, la consulta).

<sup>97</sup> OIT, *Informe Colombia*, op. cit., párr. 79.

la norma del Convenio 169, por cuanto establece plazos, facultades y condicionamientos a la CPLI que son del todo contrarios a éste e incluso contrarios al DS 66.<sup>98</sup>

#### **4.2. Lo que quedó afuera: Régimen de concesiones, regulación de aguas, DIAs y proyectos que no ingresan al SEA**

Conforme a lo expuesto, cualquier particular en Chile podría realizar una serie de actividades jurídicas y económicas en territorio indígena (no inscrito), sin que sea exigible al Estado la realización de un proceso de CPLI o le sea obligatorio a dicho particular entablar un proceso de diálogo con el pueblo o comunidad susceptibles de ser afectados. Al eximir de consulta a una serie de actividades regladas y concesiones, el DS 66 y DS 40 incumplen el Convenio 169.

##### **4.2.1. Actos reglados y concesiones**

El Relator Anaya describe y expone el problema general: “en muchos casos, se llevan a cabo actividades de exploración, y las empresas y los Estados sostienen que no están obligados a celebrar consultas para la fase de exploración y que no necesitan obtener el consentimiento, en todo caso, hasta que se otorgue una licencia para la extracción de los recursos... [pero] esa postura es sencillamente incompatible con el principio del consentimiento libre, previo e informado o con el respeto de los derechos de propiedad, culturales y de otra índole de los pueblos indígenas”.<sup>99</sup>

Una interpretación del DS 66 según normas de derecho administrativo interno indicaría que no existe la obligación de consultar los actos “reglados”, o sea, donde la autoridad administrativa no tiene discrecionalidad.<sup>100</sup> Esta lógica se adoptó al omitir de la regulación el deber de consulta para el otorgamiento de concesiones eléctricas, que constituyen un “derecho”, a saber, no pueden ser rechazadas por la autoridad una vez que ciertos criterios se cumplen.<sup>101</sup> El nuevo e igualmente inconsulto DS 203 del Ministerio de Obras Públicas, que establece el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de Aguas Subterráneas,<sup>102</sup> y que restringe la discrecionalidad que tenían la DGA

<sup>98</sup> Véase arriba, nota 29.

<sup>99</sup> Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit., párr. 68.

<sup>100</sup> Minería Chilena: “Reglamento obligaría a más de una consulta”, 28 de enero de 2014, disponible en <http://www.mch.cl/reportajes/reglamento-obligaria-mas-de-una-consulta/>.

<sup>101</sup> Federación Minera de Chile: “Gobierno suprimirá Consulta Indígena de Proyecto de Ley de Concesiones Eléctricas, sin fecha.

<sup>102</sup> DS 203 del MOP, promulgado el 20 de mayo de 2013, publicado el 7 de marzo de 2014. El régimen o estatuto especial de las tierras y de las aguas indígenas en el Norte de Chile es tratado en detalle en Barros, “El consentimiento previo, libre e informado como requisito para la exploración de aguas subterráneas en humedales indígenas: Una etnografía jurídica de la discriminación de grupos sociales definidos por adscripción étnica y sus efectos ambientales

y el Ministerio de Bienes Nacionales para decidir el otorgamiento de concesiones de exploración y explotación de aguas subterráneas, tiene el mismo efecto.

Puesto que el Tribunal Constitucional falló que no es competencia del ejecutivo consultar leyes generales y que el Congreso aún no aprueba el reglamento para la consulta previa libre e informada de las mociones<sup>103</sup> para asuntos reglados (no discrecionales), no habrá consulta en ningún caso, ni a nivel general sobre el impacto diferenciado<sup>104</sup> ni a nivel particular. Solamente se podrían impugnar las concesiones a través de inscripciones, oposiciones y objeciones, en casos limitados, dentro de plazos muy cortos, insuficientes sobre todo si se considera el estilo de vida de los indígenas, por ejemplo, en el norte, los que muchas veces residen y pastorean en el altiplano, sin acceso a los medios de comunicación o diarios donde se publican las medidas (sin perjuicio de poder intentarse las acciones de amparo o de nulidad de actos públicos, de carácter general). Además, la administración chilena insiste en no reconocer *ipso facto* los títulos tradicionales o ancestrales indígenas en sus catastros fiscales, con lo cual se tiende a perder el interés de los concernidos para oponer sus derechos territoriales a las concesiones. Semejante régimen es contrario a los derechos humanos de los pueblos indígenas, al igual que el régimen de concesiones de exploración de recursos mineros.<sup>105</sup> Así, en sus evaluaciones de las obligaciones chilenas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, tomando como estándar de revisión los artículos 6, 15 y 16 del Convenio 169, advirtió al Estado de Chile que el Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contenían disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión.<sup>106</sup> En el caso de Ecuador, el Comité de la OIT también ha señalado con fuerza que “Los artículos 2, 6, 7 y 15 implican la obligación de desarrollar un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas del país antes de tomar medidas susceptibles de afectarles directamente, tales como la firma de un contrato

en Chile, en Milka Castro y Lucas Fernández (comp.), *Gestión sostenible de humedales*, Santiago, CYTED-U. de Chile-CASALAZ, Lom, 2013, pp. 259-272, y Barros, “Agua subterránea: Autonomía, discriminación y justicia ambiental en el salar de Atacama”, en Alvaro Bello y José Aylwin (comps.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Santiago, Fundación Ford, Observatorio Ciudadano e IWGIA, 2008, pp. 347-372, y en Barros, “Titularidad y subjetividad de las aguas nativas chilenas en el marco del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los pueblos indígenas”, *Actas de Derecho de Aguas*, 1, (2011 [2009]), pp. 197-218.

**103** Tribunal Constitucional, sentencia del 23 de enero de 2013, control constitucional preventivo del proyecto “Ley de Pesca”, especialmente, considerandos 22 y 23.

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

**105** Véase, para un argumento en ese sentido, OIT, *Informe Colombia*, op. cit., párrs. 85-86

**106** OIT, *Informe de observaciones*, 2013.



autorizando actividades relacionadas con la exploración o explotación de recursos naturales en su territorio ancestral”.<sup>107</sup>

La situación normativa de los pueblos indígenas en Chile está claramente por debajo de los estándares internacionales en esta materia.<sup>108</sup>

#### **4.2.2. DIA y otras medidas que no requerirían consulta previa**

El artículo 7 del DS 66 establece que solo quedarán sujetas a consulta las medidas que “sean causa directa de un impacto *significativo y específico* sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales”.<sup>109</sup> Al agregar condiciones adicionales no contempladas en el Convenio 169, el DS 66 se aleja de las obligaciones internacionales de Chile. Además, al remitirse en materia de inversión al DS 40, el DS 66 sustrae de la consulta previa todas aquellas medidas que el SEA a priori considera que no deberían ingresar al Sistema de Evaluación: las autorizaciones de actividades exploratorias bajo cierta cantidad de pozos o sondeos y los permisos o autorizaciones de la Dirección General de Aguas (DGA), Sernageomin o el Ministerio de Minería, en el caso de la industria geotérmica.

El DS 40 da cabida a la prospección, exploración y realización de proyectos sometidos al sistema como meras DIA, aunque se encuentren cerca de áreas, poblaciones y/o recursos protegidos. El SEA puede decidir a priori que determinado proyecto no produce los “efectos” o impactos reseñados en el artículo 11 de la Ley 19.300 (por lo cuales es obligatorio ingresar el proyecto como EIA), aunque la ley no exige “efecto” alguno, bastando, por ejemplo, la sola “circunstancia” de existir un Área Protegida para hacer necesaria la realización de un EIA y, de conformidad a la movediza jurisprudencia, la apertura de un proceso de consulta previa. En el caso Paguanta, la misma Corte Suprema decidió que un proyecto de exploración minera cerca de un ADI no debió autorizarse, por inconsulto, ni debió haberse sometido a evaluación ambiental mediante una simple DIA, sino que a través de un EIA. La DIA, en la práctica constante de los órganos administrativos, ha ido quedando eximida de CPLI.<sup>110</sup>

Como el DS 66 y el DS 40 no introducen cambios significativos en esta materia, es probable que no se altere la práctica de omitir la consulta respecto de las DIA en las ADI y áreas protegidas en general, conforme nos lo confirmaron la DGA, el Ministerio de Obras Públicas, Bienes Nacionales y Sernageomin, en respuesta a nuestras solicitudes de información, al señalar que no habían consultado nunca por tales medidas administrativas.

<sup>107</sup> OIT, *Informe Ecuador*, op. cit., párr. 39.

<sup>108</sup> Por ejemplo, CERD, Observaciones finales 2013, op. cit., párrs. 22 y 23.

<sup>109</sup> Énfasis añadido.

<sup>110</sup> Corte Suprema, sentencia caso *Paguanta*, 2011.

Las DGA regionales nos informaron que no se han ordenado consultas a las comunidades indígenas relativas a constituciones de derechos de aprovechamiento relacionadas con proyectos mineros en las Regiones I,<sup>111</sup> II<sup>112</sup> y XV.<sup>113</sup> Para la comunidad Colla del Río Jorquera, la situación es la misma, respecto a todas las DIA y EIA relacionadas con proyectos en el territorio. La DGA de la Región de Antofagasta informó que no se han realizado consultas a comunidades indígenas relativas a constitución de derechos de aprovechamiento de aguas ni se ha solicitado efectuar consultas sobre constituciones de derechos de agua en cuencas indígenas.<sup>114</sup> Los presidentes de las comunidades confirman que nunca han sido convocados a consulta previa por este tipo de otorgamientos.<sup>115</sup>

El Sernageomin señaló que se limita a participar como organismo técnico supervisor, emitiendo informes en tal carácter, a solicitud del tribunal en que se encuentre en trámite la respectiva solicitud, por lo que no tendría competencia para realizar consultas a comunidades indígenas.<sup>116</sup> Sernageomin Antofagasta respondió, además, que no se han presentado planes de exploración en los sectores de demanda indígena indicados. Por ende, no se realizaron procesos de consulta indígena.<sup>117</sup> Sernageomin Tarapacá no respondió a nuestra solicitud.<sup>118</sup> En todas las consultas sobre solicitudes de uso de predio superficial que incluían al Convenio 169, las respectivas Seremis de Bienes Nacionales justificaron el no deber consultar en el artículo 21 letra c) de la Ley 20.285: “Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habitua-

**111** Solicitud de información por Ley de Transparencia 5.832, a través del Sistema de Atención Ciudadana del MOP. Respondida el 30 de abril de 2014.

**112** Solicitud de información por Ley de Transparencia 5.831, a través del Sistema de Atención Ciudadana del MOP. Respondida el 23 de abril de 2014.

**113** Solicitud de información por Ley de Transparencia 5.833, a través del Sistema de Atención Ciudadana del MOP. Respondida el 30 de abril de 2014.

**114** Solicitud de información 5.831, op. cit.

**115** Barreda, op. cit. Entrevistas a: Rolando Humire, presidente del Consejo de Pueblos Atacameños del Salar de Atacama, por vía telefónica, 4 de julio de 2014; Roberto Salinas, presidente de la Comunidad Colla del Río Jorquera, por correo electrónico, 4 de julio de 2014. No obtuvimos información de la DGA Antofagasta a la siguiente pregunta: “¿Cuántas de las solicitudes de exploración y explotación de aguas subterráneas que han recibido desde el 14 de septiembre de 2009 a la fecha han recaído en sectores que forman parte de la demanda ancestral lickantai o atacameña, o en el ADI Atacama La Grande o Alto Loa? De las solicitudes concedidas, ¿fueron consultados dichos decretos de concesión con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida?” Solicitud 8.308 a la DGA Antofagasta, del 24 de mayo de 2014.

**116** Solicitud de Acceso a Información, Sernageomin, Dirección Regional Antofagasta, Folio AS004W-0000640. Respondida el 30 de abril de 2014, Arica Parinacota, Folio AS004W-0000641. Respondida el 30 de abril de 2014 (respuesta tipo).

**117** Solicitud de Acceso a Información, Sernageomin Antofagasta, AS004W-0000675. Respondida el 20 de junio de 2014.

**118** Solicitud de Acceso a Información, Sernageomin Tarapacá Folio, AS004W-0000642. Solicitada el 11 de abril de 2014.

les”.<sup>119</sup> El Seremi de Bienes Nacionales de Antofagasta respondió que la consulta no se realizó porque fueron las mismas comunidades las que solicitaron las tramitaciones, antes de la entrada en vigencia del Convenio 169.<sup>120</sup>

Según la OIT y otros órganos internacionales, todas estas medidas, son “susceptibles de afectar directamente” a los pueblos indígenas y debieran, por lo tanto, ser consultadas previamente. Con los nuevos reglamentos, sin embargo, tales medidas sectoriales seguirían quedando fuera de la órbita de la consulta, como lo declaran, por lo demás, los organismos públicos contactados que no consideran parte de sus respectivas competencias y obligaciones ordenar una consulta, y menos hacerlo de *propio motu*. El haber regulado (algunos) proyectos de inversión en el DS 40 y no en el DS 66 (y no incluir el otorgamiento de derechos y concesiones en ninguno) resulta contrario al Convenio 169, además de incumplir el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 1, incisos 2 y 27) y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 1, incisos 2 y 11).

## **5. CPLI, DIÁLOGO, DEBIDA DILIGENCIA Y NEGOCIACIÓN ENTRE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y LAS EMPRESAS**

Las empresas, incluidas las del rubro extractivo, a menudo operan asumiendo que basta con cumplir la ley del Estado en que realizan sus operaciones para respetar las normas internacionales de los derechos indígenas. Muy por el contrario, es responsabilidad de las empresas ir más allá, en la medida que la regulación sea insuficiente, y actuar con la diligencia necesaria para impedir que sus actos violen o sean cómplices en la violación de los derechos de los pueblos indígenas por parte del Estado. Por ello es necesario dialogar con las comunidades para permitirles participar de una manera significativa en la evaluación de impactos, riesgos y beneficios de las actividades extractivas.<sup>121</sup> Revisaremos los estándares internacionales para empresas que operan cerca o en territorios indígenas, para luego analizar la situación de algunas comunidades y sus convenios con empresas aledañas.

<sup>119</sup> De las respondidas, las identificaciones son: Solicitud de Acceso a Información, MO-PAQ-001W0002810, respondida el 30 de abril de 2014, AQ-001W0002811, respondida el 30 de abril de 2014. Respuesta en el mismo sentido de parte del Seremi Bienes Nacionales de Tarapacá, Resolución Exenta No. 530, 25 de julio de 2014, a solicitud AQ-001W0002812, del 11 de abril de 2014.

<sup>120</sup> Solicitud de Acceso a Información, Seremi de Bienes Nacionales Antofagasta, AQ-001W0002983. Respondida el 20 de junio de 2014.

<sup>121</sup> John Ruggie, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, Principio 11.

## 5.1. Normas y estándares para las empresas

La CLPI es un deber del Estado que este no puede delegar en ningún actor privado. Esto implica que debe asegurar, en virtud de su propia debida diligencia en la consulta, que los acuerdos privados entre los pueblos y comunidades indígenas y los inversionistas cumplan con los requisitos de buena fe y equidad.<sup>122</sup> Con todo, existen estándares internacionales directamente aplicables a las empresas, que las hacen responsables de respetar “todos los derechos humanos” en sus operaciones y relaciones con las comunidades afectadas por la inversión, incluso cuando los Estados en los que desarrollan sus operaciones no lo hacen.<sup>123</sup>

El Representante Especial de las Naciones Unidas para empresas y derechos humanos, John Ruggie, definió las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos indígenas en los Principios Rectores:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. [...] Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.<sup>124</sup>

El deber de la debida diligencia se aplica transversalmente a las empresas.<sup>125</sup>

**122** Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit., párr. 62.

**123** *Ibid.*, párrs. 61-78. Señala oportunamente: “Tal como lo expresaron representantes de las industrias extractivas al Relator Especial Anaya, [...] los marcos regulatorios deficientes que existen en los países constituyen barreras para la realización de sus operaciones, de modo que se respeten los derechos e intereses de los pueblos indígenas. [...] Además, las empresas consideraban que [la] falta de certidumbre jurídica era fuente de costosos conflictos con las comunidades indígenas locales”, párr. 48.

**124** Ruggie, *Principios rectores*, op. cit., Principios 13 y 15.

**125** *Ibid.*, Principio 17.

Como las empresas deben respetar todos los derechos reconocidos los derechos indígenas deben ser leídos a la luz del Convenio 169 y de la DNUDPI. Anaya señala que “la debida diligencia entraña también velar por que la empresa no esté contribuyendo o beneficiándose del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales para con los pueblos indígenas. Por ejemplo, las empresas extractivas deberían evitar aceptar permisos o concesiones de los Estados cuando no se hayan cumplido los requisitos de consulta previa y consentimiento, como se ha señalado anteriormente”.<sup>126</sup> También enfatiza que la “condición previa para lograr acuerdos sostenibles y justos con los pueblos indígenas sobre la obtención de los recursos de sus territorios [es que] los desequilibrios de poder deben identificarse sistemáticamente y deben adoptarse medidas deliberadas para corregirlos”.<sup>127</sup>

Tal como indica Anaya, sería ideal que los propios pueblos concernidos fueran los dueños de los recursos en sus territorios y que los explotaran como tales. También existen valiosos acuerdos asociativos entre pueblos indígenas y los titulares de proyectos extractivos (sean del sector estatal o del privado), en que, a pesar de no ser los indígenas dueños de los recursos, se respetan plenamente sus derechos, asegurándoles participación en la toma de decisiones, en la gestión y/o en los beneficios. Anaya observa y alienta el desarrollo de modelos de desarrollo asociativos en que se garantiza a los pueblos concernidos un porcentaje de las ganancias procedentes de la extracción minera u otros ingresos, así como grados de participación en las decisiones de gestión. En cualquier caso, agrega Anaya, es razonable que los pueblos indígenas obtengan asistencia técnica independiente para fortalecer su organización, fomentar su capacidad financiera y de gestión ante esas oportunidades.<sup>128</sup>

Estos recursos debiesen provenir desde el Estado y ser asignados de modo tal que se garantice la participación genuina de los pueblos concernidos y la imparcialidad de los expertos y consultores contratados. Pero en Chile el Estado carece de presupuesto fijo asignado para cubrir fiscalizaciones y asesorías técnicas y jurídicas independientes, aunque cuenta con un ítem de alrededor de \$19,3 millones.<sup>129</sup> En algunos casos, las empresas titulares de proyectos ponen a disposición de la comunidad medios financieros suficientes para que contrate a profesionales independientes de su confianza. Lo más común es que sean los propios titulares de proyectos quienes seleccionen y contraten

**126** Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit., párr. 55.

**127** *Ibid.*, párr. 63.

**128** *Ibid.*, párr. 77.

**129** Solicitud de Acceso a la Información Pública, SEA y Ministerio de Desarrollo Social. Respondida el 20 de agosto de 2014, Carta D.E. 141455/14.

a consultores externos y profesionales, de manera directa y sin la participación de los pueblos concernidos.

Algunos gremios internacionales de la industria minera han adoptado estándares en la materia. Así, el ICMM declara que sus miembros deben buscar desarrollar sus proyectos con el consentimiento de pueblos indígenas en cuyos territorios se instalan las actividades. Pero, cuando la regulación del Estado no confiera un derecho a veto a los pueblos, el propio Estado decide si el proyecto procede y bajo qué condiciones o garantías.<sup>130</sup> Además, si el Estado provee un procedimiento para obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades concernidos, la empresa no se vería obligada a impulsar un proceso de diálogo o relacionamiento paralelo (aunque corresponde realmente a los pueblos y comunidades en cuestión decidir, en el ejercicio de su libre determinación, el grado de participación que han de tener en los procesos de diálogo privado y de consulta pública, pudiendo incluso negarse a participar y dialogar).<sup>131</sup>

La *position statement* del ICMM es una iniciativa de autoregulación sin precedentes en la industria y constituye –a pesar de algunas definiciones cuestionables– un paso hacia el reconocimiento formal, por parte de las empresas mineras más importantes del mundo, de los derechos de los pueblos indígenas. Con todo, dada la discrecionalidad interpretativa conferida a sus gremios,<sup>132</sup> esos estándares parecen destinados a quedar por debajo de los del Convenio 169. Por eso, aunque lo hagan de buena fe, empresas que se rijan solo por el texto del ICMM arriesgan incurrir en responsabilidades internacionales. Más acertados son los estándares del IFC sobre la materia.<sup>133</sup>

## 5.2. Diálogo, convenios y empresas: Los casos

Durante años, en el ejercicio de su libre determinación, distintas comunidades de los cinco pueblos indígenas del norte de Chile han dialogado y/o entablado diversos procesos judiciales y extrajudiciales con empresas mineras u otras que operan en sus territorios y cuyos proyectos se encuentran en diferentes fases de operación (exploración, diseño, construcción, operación o cierre). Los procesos judiciales usualmente empiezan cuando la o las comunidades se oponen formalmente a ampliaciones o a nuevos proyectos y/o cuando las empresas no quieren dialogar, sea respecto de la evaluación de los

<sup>130</sup> ICMM, *Position Statement*, mayo de 2013, párrs. 4 y 6.

<sup>131</sup> *Ibid.*, párr. 5.

<sup>132</sup> Por ejemplo, la empresa puede definir unilateralmente qué significa consentimiento por parte de los pueblos indígenas, no es necesario que use el “consentimiento previo, libre e informado”, aunque el documento lo recomiende. *Ibid.*, párr. 3.

<sup>133</sup> Corporación Financiera Internacional, *Marco de sustentabilidad 2012. Estándares de desempeño (Performance Standards)*.

impactos socioambientales o sobre las posibilidades de participación directa e indirecta en los beneficios de la empresa. Parece existir un más alto grado de judicialización cuando hay ONGs involucradas y si la comunidad ha tomado la decisión de no permitir inversión ajena o de alto impacto en su territorio.

Con todo, en mayor o menor medida, las comunidades de los cinco pueblos indígenas que habitan el norte de Chile han gozado de una autonomía territorial de hecho y de derecho que les ha permitido celebrar, juntas o separadamente, convenios de diversa índole con las empresas que realizan o pretenden realizar proyectos que puedan generar algún impacto o beneficio en sus territorios, en empleo, educación, salud, emprendimiento, medio ambiente, agricultura, etc. Convenios semejantes son comunes, existen también entre empresas y comunidades no indígenas, incluso con personas naturales; esto sin contar los “planes de relacionamiento comunitario” con que las empresas transfieren recursos a las comunidades, a menudo asociados a proyectos de desarrollo familiar y comunitario.<sup>134</sup>

Parece razonable, entonces, que, en ausencia de asistencia y estudios del Estado en coordinación con los pueblos indígenas concernidos, sean las propias empresas quienes pongan fondos a disposición de los pueblos y comunidades concernidos, para que éstos elijan y contraten libremente las asesorías técnicas y jurídicas independientes que le den garantías de confianza y satisfacción. Ello no solamente es razonable, sino que, como hemos señalado, constituye una verdadera responsabilidad internacional de las empresas en materia de derechos humanos, en el marco de la debida diligencia socioambiental. En experiencia de los autores, algunas empresas, por lo general, transnacionales, proclaman estándares de gran rigurosidad y efectividad,<sup>135</sup> lo que no necesariamente significa su cumplimiento en la práctica. En definitiva, aunque los Estados debieran garantizar la implementación de las normas y estándares internacionales sobre debida diligencia y diálogo intercultural –y mientras no lo hagan–, los pueblos indígenas y comunidades concernidos utilizan, para la consecución de sus fines propios, los recursos transferidos por el sector privado.

Las empresas que más daño han hecho tradicionalmente en Chile a los pueblos indígenas son, por lo general, las que tienen operaciones más antiguas<sup>136</sup> o integraron la minería estatal: en las Regiones de Antofagasta y Tarapacá ha habido muchos casos de judicialización y confrontación entre comunidades y empresas como Codelco

**134** Hemos criticado esta aproximación asistencialista o filantrópica en *Informes* 2010 y 2012.

**135** Véase *Informe* 2010.

**136** Véase el argumento sobre daños históricos en Dominique Hervé y Judith Schönsteiner, “Violaciones a los derechos humanos y medioambiente en Puchuncaví-Ventanas”, en *Informe* 2012.

y SQM. Existe el caso de dos oasis indígenas milenarios en el río Loa, de las comunidades indígenas Chiu-Chiu y Quillagua, cuyos territorios fueron catastrados hace años por el Estado, pero que están pendientes de regularización. Una de las situaciones más graves ha sido la contaminación reiterada de la cuenca del río Loa y sus suelos con elementos tóxicos provenientes del salar de Talabre, que fuera transformado en depósito o tranque de relaves de CODELCO hace medio siglo y que sigue operando, sin la protección de membranas aislantes, formando una laguna de barros contaminados de más de 60 km<sup>2</sup> en el corazón de la actividad cuprífera estatal. El proyecto RT Sulfuros de CODELCO, que está actualmente en evaluación ambiental y consulta por parte del Estado, pretende prolongar la vida de este depósito por unas décadas más.<sup>137</sup> Ninguna de estas comunidades ha podido entablar un diálogo formal respecto de los impactos pasados, presentes y futuros en sus territorios. Ello contrasta con la proclamación de los estándares que se adecúan a la normativa internacional, entre las empresas que conforman el Consejo Minero de Chile.<sup>138</sup>

La mayoría de las comunidades de los pueblos indígenas en el norte de Chile mantiene tradicionalmente una estrecha vinculación con el medio ambiente desértico, de salares, quebradas, oasis y altiplano, mediante el control vertical de diversos pisos ecológicos integrados por actividades agropecuarias, de recolección y explotación de vegetales y minerales, metálicos y no metálicos, así como el aprovechamiento racional del recurso hídrico, y en actividades de arreo y/o pastoreo en zonas de vegas y bofedales dispersas a lo largo y ancho de un vasto territorio, todas las cuales son esenciales a su cultura y supervivencia como pueblos indígenas.<sup>139</sup> Por eso, ellos procuran mantener y proteger las propiedades patrimoniales, comunitarias e individuales que les reconoce la Ley Indígena (artículos 63 y 64), las que han venido a ser reforzadas con la entrada en vigencia del Convenio 169. El Estado se comprometió a “realizar un plan de saneamiento” dentro de un plazo de tres años desde la dictación de la Ley Indígena y a tomar pasos concretos para la protección y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de esas comunidades (artículo 3° transitorio de la Ley 19.253). Esto aún no se cumple.

**137** El caso de Chiu-Chiu puede conocerse en Barros, *Forensic Architecture*, disponible en [www.forensic-architecture.org](http://www.forensic-architecture.org), 2013. Para el caso de Quillagua ver Raúl Molina, *El río Loa: Usos y conflictos por el agua en el desierto de Atacama. Comunidades indígenas, mineras, ciudades y pueblos*, disponible en [www.infoandina.org](http://www.infoandina.org), 2006. Observaciones de la Comunidad Aymara de Quillagua al Proyecto Pampa Hermosa de SQM (2008), disponible en [https://www.e-seia.cl/archivos/Comunidad\\_Aymara\\_de\\_Quillagua.pdf](https://www.e-seia.cl/archivos/Comunidad_Aymara_de_Quillagua.pdf). Ver Barros y otros, “El ADI Atacama la Grande y Quillagua, el último oasis del Loa”, en Informe de la Comisión Nacional de Riego (2008), “Diagnóstico y propuestas de fomento al riego y drenaje para la pequeña agricultura y etnias originales”, disponible en [www.ciren.cl](http://www.ciren.cl).

**138** Véase *Informe* 2010.

**139** Para el concepto de supervivencia física y cultural, véase Corte IDH, op. cit., párr. 85.



### 5.2.1. Comunidad Lickanantay de Peine (Antofagasta)

La comunidad Lickanantay de Peine está ubicada al sur del salar de Atacama y forma parte del Consejo de los Pueblos Atacameños. En su territorio (en mínima parte inscrito y titulado según la normativa chilena) y utilizando las aguas que se encuentran en él, mantienen actividades las mineras Escondida, SQM, Rockwood y Zaldívar (Barrick). En seguida, revisaremos someramente las relaciones que la comunidad tiene con cada una de ellas.

La relación entre Peine y Escondida (la minera de cobre más grande del mundo, la mayor contribuyente privada del país) ha pasado por diversas etapas y acuerdos, comenzando en 1997 con un primer convenio de cooperación que enmarcó inversiones hechas a lo largo de 10 años en la comunidad. Este convenio fue luego revisado con ocasión de la oposición de Peine al proyecto de suministro de Agua Pampa Colorada presentado por Escondida al SEIA (para extraer 1.027 litros por segundo desde el altiplano de Socaire, transportarlos hasta la mina por 100km y luego alimentar el mineroducto hasta el mar). La acción coordinada de las comunidades del salar logró detener la realización de este proyecto de USD 300 millones por la vía administrativa en 2007 (antes de la entrada en vigencia del Convenio 169), mediante el rechazo unánime de la COREMA de Antofagasta.<sup>140</sup> En parte producto de este proceso, y luego de que Escondida optara por desalar y bombear agua de mar en reemplazo del proyecto anterior, en 2008, Peine y la Fundación Educacional Minera Escondida firmaron un nuevo convenio, el que, además de aumentar los montos de aporte, estableció una serie de obligaciones y actividades, permitiendo el financiamiento y realización autónoma de un plan de desarrollo de Peine con asesoría de la Universidad de Chile. Dicho plan fue puesto en marcha en 2010, pero no se ha implementado hasta la fecha por diversas dificultades financieras y políticas. La comunidad de Peine está hoy procurando ajustar sus relaciones de información y diálogo con Minera Escondida a los estándares del Convenio 169, para disponer más libremente de los recursos aportados anualmente por la minera y fortalecer su plan de gerencia e inversiones territoriales en el marco del plan de desarrollo.

La primera negociación formal entre la comunidad de Peine y la empresa Rockwood Litio comenzó en 2007, mediante reuniones en-

**140** COREMA Antofagasta, RCA 366/2007 del 19 de noviembre de 2007 Ver noticiero en TVN sobre el caso en <https://www.youtube.com/watch?v=9AM9UlhJPD4> .Ver Barros, "La declaración práctica: *ius et praxis* de los pueblos indígenas en el Norte de Chile", en Natalia Álvarez Molinero y otros (eds.), *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Editorial Catarata - Ensayos UNESCO Etxea / Investigación y debate, 2008, pp. 325-347. También, el capítulo "Pampa Colorada: Intento de mayor extracción de aguas por Minera Escondida", en Programa Chile Sustentable (2012): Conflictos por el agua en Chile: Urgen cambios legales y constitucionales en las políticas de agua, disponible en [www.chilesustentable.net](http://www.chilesustentable.net)

tre los representantes y gerentes de la empresa y la directiva de la comunidad, en las que no se logró un acuerdo definitivo. El 15 de mayo de 2009, antes de que entrara en vigencia el Convenio 169 en Chile, la empresa presentó el EIA del proyecto denominado “Modificaciones y mejoramiento del sistema de pozas de evaporación solar en el salar de Atacama”, en el que Peine presentó sus observaciones en agosto del mismo año.<sup>141</sup> La autoridad ambiental rechazó el proyecto de ampliación, tomando en cuenta y ponderando especialmente las observaciones de Peine.<sup>142</sup> (El proyecto Secador Planta Potasa, ingresado vía DIA y con RCA del 23 de diciembre de 2013, es la única DIA revisada para las tres comunidades / asociaciones indígenas que menciona una comunidad indígena (Peine), aunque sin referirse a la CPLI, el Convenio 169, la calidad de indígena de la comunidad o un proceso de participación ciudadana).<sup>143</sup>

La empresa reclamó la RCA negativa ante el Comité de Ministros e intentó entablar negociaciones con Peine a lo largo de 2009, sin éxito. Las conversaciones se retomaron en agosto de 2012, por iniciativa del entonces presidente de la comunidad y del abogado Herman Chadwick en representación de la empresa, y se llevaron a cabo en forma ininterrumpida hasta noviembre del mismo año, firmándose un convenio días antes de la sesión prevista del Comité de Ministros, al que la empresa presentó una copia del convenio al filo del plazo. Al rechazar el reclamo, el Comité no tomó en cuenta el acuerdo entre particulares y se limitó a devolver el proyecto, “retrotrayendo la evaluación para los efectos de elaborar un ICSARA N°4”, exigiendo estudios adicionales a ser evaluados nuevamente por el SEA de la Región, cuyos servicios luego plantearon numerosos reparos al proyecto.<sup>144</sup> Al cierre de este *Informe*, el proyecto aún se encontraba en evaluación.

El Estado es garante del cumplimiento de la normativa ambiental en armonía con el Convenio 169, por lo que, en principio, la autoridad responsable no debiera aprobar un proyecto *solo* en base a un acuerdo de impacto beneficio entre comunidad y empresa, sobre todo si este conlleva efectos ambientales irreversibles. Ello no obsta a que el Estado deba también respetar el derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas propietarios de territorios, en aras del bien común y de los derechos humanos en general, tomando en consideración tales acuerdos al tomar decisiones de largo plazo.

**141** Comunidad de Peine, *Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de desarrollo minero modificaciones y mejoramiento del sistema de pozas de evaporación solar en el salar de Atacama, presentado por Sociedad Chilena del Litio Ltda. (SCL)*.

**142** CEA de Antofagasta, RCA 156 del 12 de septiembre de 2011. Véase especialmente el apartado 5.2.

**143** Base de datos sobre todas las DIA en territorio Colla, llickanantay de Peine y del CPA, elaborada por los autores.

**144** Comité de Ministros del SEA, 2012, Acuerdo 15 en Acta 3.

El Convenio entre comunidad y empresa de 2012 establece la fiscalización de los permisos ambientales de la empresa por parte de la comunidad, aportes anuales a la comunidad durante toda la vida útil del proyecto, becas, el traspaso de la propiedad del campamento (ex CORFO) a la comunidad una vez terminadas las operaciones y otras medidas.<sup>145</sup> Al mismo tiempo, constata que no hay acuerdo sobre la titularidad de los territorios sobre los cuales se desarrollan las actividades de Rockwood.<sup>146</sup> Además, incluye una cláusula que protege el derecho a la imagen de la comunidad y sus integrantes, requiriendo autorización explícita para usarlas en publicaciones de la empresa.<sup>147</sup> Involucra el Estado solamente como receptor de los informes semestrales de auditoría ambiental independiente.<sup>148</sup>

SQM mantiene una compleja historia de vecindad con la comunidad de Toconao, donde posee un campamento (ex CORFO) que se superpone a la quebrada de Jere. La empresa tiene una fuerte presencia económica y política como actor regional en Antofagasta, que incluye diversos acuerdos con servicios públicos como la CONADI y municipios como el de San Pedro de Atacama y María Elena.<sup>149</sup> En 2013, la Corte Suprema revirtió la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que había amparado a las comunidades atacameñas, anulando por inconsulta la RCA otorgada por el SEA a la ampliación de la planta de secado destinada a casi doblar la producción de SQM en el Salar.<sup>150</sup>

Ladín Barreda, presidente de la comunidad, lamenta que la comunidad de Peine “no [tenga] buena relación con SQM, no [conozca] sus actividades ni lo que tratan de hacer”. En especial, considera “complejo” que la empresa no esté dispuesta a establecer un diálogo o acuerdo con la directiva de la comunidad, sino que más bien busque establecer relaciones con la Municipalidad o con personas particulares.<sup>151</sup>

La comunidad sostuvo durante un tiempo un diálogo estrecho con la empresa, pero este se suspendió hace unos años y no ha sido retomado. Ocurre que, cuando no hay nuevos proyectos en miras, las empresas mineras con operaciones antiguas y relativamente aisladas no se sienten obligadas a dialogar con sus vecinos. Dado que la empresa mantiene un campo de pozos en territorio atacameño, es probable que en algún momento se retome el diálogo.

**145** SEA, Evaluación del EIA presentado por Rockwood Lithium para su proyecto “Modificaciones y mejoramiento del sistema de pozas de evaporación solar en el salar de Atacama” Expediente: Recurso Administrativo, Documentos 11 y 14.

**146** Convenio Comunidad Peine con Rockwood Litio, cláusulas 3.3 y 3.4.

**147** *Ibíd.*, cláusula 6.6.

**148** *Ibíd.*, cláusula 7.5.

**149** Ver especialmente, Municipalidad San Pedro de Atacama, Exento 1756/2013, del 3 de junio de 2013.

**150** Corte Suprema, 2013.

**151** Barreda, *op. cit.*

En resumen, la comunidad de Peine evalúa sus relaciones con las empresas de manera muy distinta. Con Rockwood, la relación es “cercana”; “con Escondida est[án] empezando a trabajar”. En general, el presidente de la comunidad indica que están contentos con la relación con Rockwood y Escondida, aunque los recursos podrían ser mayores.<sup>152</sup>

### 5.2.2. El Consejo de Pueblos Atacameños<sup>153</sup>

Instituida en 1996, de conformidad con los artículos 36 y 37 de la Ley Indígena, la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños (en adelante, CPA) coordina a las 17 comunidades indígenas que, como Peine, integran el ADI Atacama la Grande y la cuenca del salar de Atacama.<sup>154</sup> Tiene años de experiencia en litigios, diálogos, negociaciones y convenios relacionados con empresas extractivas, de infraestructura, turísticas u otras, que le efectúan aportes, los que son por lo general destinados al financiamiento del Internado Andino.<sup>155</sup> El CPA tiene hoy cierta visibilidad política como institución representativa del pueblo lickanantay que trabaja en defensa del territorio patrimonial ancestral de las comunidades del salar. Gestiona actualmente la titulación e inscripción del territorio atacameño conforme a la ley; mientras ello no se resuelva, mantiene una serie de acciones judiciales en contra de concesiones que distintas reparticiones de Estado realizan en beneficio de terceros (aguas, geotermia y suelo).<sup>156</sup> El Consejo también interpuso una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por supuesta violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por falta de CPLI en la exploración de geotermia.<sup>157</sup>

152 Íd.

153 Lo integran, Río Grande, Machuca, Catarpe, Quito, San Pedro de Atacama, Solcor, Larache, Yaye, Séquitur, Cúcuter, Coyo, Toconao, Talabre, Camar, Socaire, Peine y Solor. Ver, para más información, Barros, “Reseña histórico-jurídica de la territorialidad atacameña: De leyes y titulaciones interculturales (s. XVI - s. XXI)”, *Cuadernos Interculturales*, 4, 6, 2006, pp. 9-35.

154 La CONADI, Bienes Nacionales, ONGs y la CEPAL, han realizado estudios y catastros que reconocen millones de hectáreas en propiedad patrimonial ancestral a los atacameños, de las cuales se han regularizado entre el 5% y 10%. Ver CINPRO-MBN, “Ordenamiento catastral de las comunidades del altiplano de la II Región, Provincia de El Loa”; Barros, “De las castas y la pobreza indígena en Chile”, *Anales del Instituto de Chile*, 27, La pobreza en Chile II, Santiago, 2008, pp. 213-262; véase también: CONADI, *Informe estado de tramitación de tierras y aguas indígenas Región de Antofagasta*, 2008; Bernardo Muñoz, *Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile*, Serie de Desarrollo Productivo, 60 CEPAL, 1999; Raul Molina y Jorge Rowlands - Observatorio Ciudadano, *Comunidades indígenas en la cuenca del Loa y el salar de Atacama: Territorio y demanda de tierras al Estado de Chile*, Documento de Trabajo s/n, 2010.

155 El Consejo se reúne una vez al mes y lleva cumplidas actas de sus trabajos (la toma de decisiones es por consenso o voto de la mayoría). El CPA administra el Internado Andino en la ciudad de Calama, al cual asisten las niñas y niños atacameños provenientes de los pueblos más aislados de la región.

156 Por ejemplo, el recurso de protección contra el Ministerio de Bienes Nacionales por haber otorgado a CONICYT una concesión de tierras en territorio reclamado por Toconao. Corte de Apelaciones de Santiago 2013.

157 Consejo de Pueblos Atacameños del ADI Atacama La Grande, denuncia a la CIDH, 17 de julio de 2013.

Fue una práctica común, donde existen municipalidades en territorios ancestrales indígenas, que las empresas trataran directamente con los alcaldes electos, aunque no fueran indígenas, y no con los representantes legales de las comunidades, incluso cuando se trata de temáticas indígenas. Desde la entrada en vigencia del Convenio 169, puesto que los municipios no son instituciones indígenas y que el diálogo de estos con empresas no puede sustituir legalmente a la consulta, se ha hecho más frecuente que las comunidades celebren acuerdos territoriales con empresas, que ya no recurren a las alcaldías para obtener la licencia social para operar.

El CPA ha proseguido el diálogo con la empresa Rockwood Litio, en el marco del EIA referido más arriba, que llevó al acuerdo con Peine. Su intención ha sido avanzar en la celebración de un convenio similar, pero con énfasis en la constitución de un organismo de aguas subterráneas y de cuenca, para proteger el salar y sus afluentes.

En la actualidad no existe diálogo alguno entre la empresa SQM, el CPA y la mayoría de las comunidades que habitan la comuna. De los documentos administrativos y judiciales disponibles se desprende que SQM desconoce los derechos de las comunidades e individuos indígenas afectados sobre las tierras, aguas y sales que estos ocupan tradicionalmente, desde tiempo inmemorial, en la región de Antofagasta. No obstante, el CPA no ha interpuesto (aún) una denuncia internacional ante la negativa de consulta por el proyecto de SQM antes descrito.

### **5.2.3. Comunidad Colla del Río Jorquera**

La Comunidad Colla del Río Jorquera y sus Afluentes, cuyo territorio ancestral se encuentra al sureste de Copiapó, obtuvo derechos de aguas y títulos por 1,5% de las casi 452.000 hectáreas que reclamó como su territorio ancestral, correspondientes a parte de los ríos, sus afluentes y riberas.<sup>158</sup> Tradicionalmente, se han dedicado a la transhumancia, pastoreando el ganado en vegas y bofedales del altiplano; en menor medida, algunos de sus miembros practican la pequeña minería artesanal. En su territorio ancestral, operan varias mineras: en fase de explotación, minera Maricunga; en fase de construcción (aunque suspendida), Cerro Casale / Aldebarán (Barrick Gold / Kinross) y Caserones (Lumina Copper); en fase de exploración, proyecto Luciano (Casale); y en fase de prospección, Caspiche, Cerro Matta (Antofagasta Minerals), Cerro del Medio y Vale. Además, Green Minings (BHP Billiton) tiene otras concesiones a pesar de no avanzar en los proyectos Chuminga y Vega. La comunidad mantiene convenios sobre distintas materias con cuatro de las empresas, incluyendo un acuerdo de cooperación (conve-

158 Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, op. cit.

nio sobre medidas de desarrollo y responsabilidad social empresarial), un acuerdo de mitigación del tránsito (Vale) y un protocolo de cooperación sobre el retrasado de un tendido eléctrico (medidas de mitigación de impacto y desarrollo comunitario) con Lumina Copper en el marco del proyecto Caserones. Además, tiene dos convenios con la empresa ETÓN, que ejecuta el proyecto Caspiche, y un convenio de cooperación con Antofagasta Minerals en relación al proyecto Cerro Matta. Todos los acuerdos hacen referencia a los derechos indígenas y, en su gran mayoría, al Convenio 169. Establecen reglas para el diálogo, con resguardos de equilibrio de poderes, como la decisión en consenso, la posibilidad de contratar expertos y la libre disposición de los recursos entregados.<sup>159</sup> La comunidad estableció una mesa de diálogo en común con todas las empresas que realizan actividades en su territorio, además de sostener relaciones bilaterales con cada una.

El proyecto Cerro Casale<sup>160</sup> financió un estudio de impacto ambiental, social y cultural alternativo, elaborado por un experto independiente, en el marco de una CPLI. El diálogo que llevó la empresa con la comunidad antes del ingreso del proyecto al SEA fue convalidado en la RCA<sup>161</sup> como proceso de “consulta previa”, incorporación en principio contraria al derecho internacional e interno. Varios de los temas que habían sido planteados en 2001/2002, a través de observaciones ciudadanas al proyecto Aldebarán, han resurgido en el proyecto Cerro Casale. Los puntos más conflictivos han sido la instalación de un tranque de relave (Aldebarán), el tratamiento de desechos tóxicos de cianuro (se recomendó la exportación a países que cuentan con plantas de tratamiento) y la instalación de un aeródromo para el transporte de concentrado de metales con avionetas (Cerro Casale). La comunidad se opuso especialmente a la construcción del aeródromo en una vega de pastoreo tradicional y no otorgó su consentimiento al proyecto Cerro Casale.<sup>162</sup> Arguyó que el proyecto, tal como fue aprobado por el SEA regional el 3 de enero de 2013, no cumplía con los estándares mínimos del Convenio 169 y dedujo recurso administrativo contra la resolución.<sup>163</sup> En la actualidad, el proyecto se encuentra suspendido, a pesar del otorgamiento del permiso ambiental, por la paralización de toda la actividad de Barrick Gold en Chile.<sup>164</sup>

**159** Salinas, op. cit.; DIAs y EIAs sobre proyectos en territorio de la Comunidad Colla del Río Jorquera; convenios proporcionados por la comunidad.

**160** Prospección ingresada por DIA en 2008, RCA 2009; Proyecto de explotación ingresado como EIA en 2011, con resolución SEA favorable del 3 de enero de 2013.

**161** Véase Ordinario 075/2014 del 4 de marzo de 2014.

**162** Salinas, op. cit.

**163** Ordinario 064/2013 del SEA, Región de Atacama. Recurso de Reclamación presentado por Roberto Salinas contra Resolución Exenta 4 del 3 de enero de 2013 que califica favorablemente el proyecto denominado “Optimización Proyecto Minero Cerro Casale”. Admitido a trámite el 4 de marzo de 2014, pendiente.

**164** Nueva Minera: “La totalidad de la cartera de Barrick en Chile se paraliza tras suspensión de

Las prospecciones y exploraciones en territorio de la comunidad, ingresadas a través de DIAs, no requieren, según el SEA, de CPLI. En todos los casos, la CONADI señaló que debía haber consulta previa a la comunidad Colla.<sup>165</sup>

### 5.3. Cuadro resumen

Durante todo el ciclo minero debiera existir un proceso de diálogo, remediación y monitoreo permanente. La prospección es posible sin ningún permiso en terrenos abiertos e incultos. Solo para constituir servidumbres mineras sobre las tierras se requiere una concesión de exploración. Es imprescindible que las comunidades tengan información completa y correcta sobre estos procesos para poder negociar y conversar en igualdad procesal con las mineras.

La mayoría de las comunidades y organizaciones entrevistadas, han celebrado algún tipo de convenio con empresas mineras: memoranda de información y comunicación (reglas procesales), permisos de acceso, convenios de preexploración, convenios de exploración, acuerdos de impacto y beneficio, acuerdos de mitigación, acuerdos de cierre, acuerdos sobre el manejo común de los recursos o acuerdos de fiscalización común. Mediante ese tipo de convenios, generalmente para cada etapa, se establecen de común acuerdo medidas específicas de compensación, mitigación, monitoreo, remediación y/o seguimiento.

Los convenios examinados no mencionan la debida diligencia –la mayoría data de antes del uso corriente del término en el derecho internacional–; aquellos que están en proceso de negociación debieran contener referencias a esta responsabilidad empresarial y estatal.<sup>166</sup> Además, todos los convenios (menos uno) contienen cláusulas que mencionan y resguardan los derechos indígenas; ninguno impide la judicialización de conflictos con la empresa vinculados al impacto de las actividades mismas (y no solamente el impacto de los proyectos de desarrollo comunitario). Las empresas y comunidades que no han implementado diálogos ni convenios tienden a estar más involucradas en procesos judiciales: así como la relación entre el CPA y SQM se reduce al ámbito administrativo y judicial, la comunidad Colla solamente tiene relaciones judicializadas con la empresa Cerro del Medio.

Hemos evaluado las relaciones entre comunidad y empresa en distintos contextos, según los estándares antes expuestos, en función de:

Pascua Lama”, 4 de noviembre de 2013.

<sup>165</sup> Prospección Luciano de Compañía Minera Casale, para la cual el SEIA no acoge el informe alternativo que la comunidad preparó; Prospección Maricunga; Prospección Cerro Matta; Prospección Casale. En los últimos dos casos, el Convenio 169 aún no había entrado en vigencia (aunque había sido ratificado).

<sup>166</sup> Entrevista telefónica a un dirigente indígena del norte de Chile, 9 de julio de 2014.

si existe algún mecanismo de queja o solución de conflictos; si hay una instancia que promueva el equilibrio de poderes (posibilidad de contratar expertos, acuerdos en unanimidad, libre disposición de los aportes de la empresa por parte de la comunidad); si se desarrolla un diálogo formal o informal; si se firmaron algunos de los siguientes tipos de convenios: acuerdos precursores, acuerdos de impacto beneficio o acuerdos de seguimiento y fiscalización común; si estos acuerdos hacen referencia a estándares internacionales; si permiten la posible judicialización del convenio y de otras materias que pueden surgir en la relación; si mencionan la obligación de debida diligencia de la empresa; si la comunidad tiene acceso a la información íntegra sobre el proyecto; y si existe un plan de cierre participativo. También levantamos datos sobre judicialización y consulta previa (estatal).<sup>167</sup>

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Estado no ha cumplido con regularizar las tierras de los pueblos indígenas en el norte de Chile (y en otros lugares a lo largo del territorio nacional), lo que los deja en la indefensión mientras carezcan de los títulos materiales oponibles a terceros. El derecho internacional requiere que, mientras los territorios y recursos ancestrales no estén titulados, proceda el consentimiento previo, libre e informado para desarrollar proyectos o medidas en dichos territorios. La normativa chilena no reconoce ese estándar sobre consentimiento y, por lo tanto, genera responsabilidad internacional del Estado al respecto.

Como hemos desarrollado a lo largo de este capítulo, la consulta del ahora DS 40 incumple con los estándares internacionales de manera mucho más significativa que el proceso de la Mesa de Consenso que llevó a la aprobación del DS 66. No obstante, ambos contienen deficiencias considerables respecto a las obligaciones internacionales de Chile, las que pueden explicar el rechazo del DS 40 y el DS 66 por parte de la mayoría de los pueblos y comunidades indígenas en Chile.

Chile no cumple, en lo sustantivo y procesal, con sus obligaciones bajo el Convenio 169, y otros tratados internacionales de derechos humanos, aunque el DS 66, que establece el Reglamento sobre Consulta de los Pueblos Indígenas (no así el DS 40, que adopta el Reglamento del SEIA), constituya un avance en relación a la anterior regulación (DS 124). El Estado de Chile no ha garantizado la representatividad de quienes participaron en los procesos de consulta (de

<sup>167</sup> Los autores proporcionan en la página del Centro de Derechos Humanos, una tabla que resume las características de los convenios que las comunidades pusieron a su disposición, basada en las siguientes fuentes: entrevistas con dirigentes indígenas; acceso a algunos convenios (por una sola vez, sin reproducción). Ver [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl).



manera flagrante, en el caso del DS 40) ni ha tomado en cuenta las observaciones de los pueblos y comunidades indígenas, descartando su crítica fundamentada sobre el proceso mismo y sus observaciones sobre aspectos cruciales como: la exclusión de la geotermia de las consultas, temas de agua, que todo proyecto en territorio indígena se consulte y la solicitud de que el Estado (y no las empresas) ejecute los procesos de consulta. En el texto del DS 66 preocupa especialmente la regulación de los plazos y la exclusión de actos municipales. La nueva regulación aplica un régimen distinto para las inversiones, con múltiples excepciones, especialmente los actos reglados como concesiones u otorgamientos de derechos de agua, que no están sujetos a la consulta. Ello es, según la interpretación de órganos internacionales, contrario a las obligaciones del Estado de Chile en la materia. En general, el Estado ha faltado al deber de debida diligencia en la CPLI.

Las empresas transnacionales y nacionales muestran un respeto muy dispar por los estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas. Este capítulo no ha evaluado los impactos específicos de las empresas en territorios indígenas. Más bien, se ha analizado en qué medida los convenios entre empresas y comunidades pueden contribuir a que estas últimas exijan el cumplimiento con los estándares internacionales, y en qué medida el diálogo y negociación se ajustan a las responsabilidades empresariales en este ámbito.

Los convenios que hemos estudiado mencionan estándares internacionales de protección a los pueblos indígenas; dependiendo de su fecha de celebración y la disponibilidad de asesoría experta para las comunidades, el balance de poder en estos es más o menos equilibrado, garantizando la toma de decisiones en común acuerdo, permitiendo la judicialización en caso de conflictos. Los convenios vigentes no aluden a la prevención de daños (en vez de mitigación o reparación) o al concepto de debida diligencia.

Los casos seleccionados para este capítulo se refieren preponderantemente a comunidades que han optado por un camino del diálogo con las empresas que invierten en su territorio. No obstante, hay comunidades a lo largo de Chile que, legítimamente, se oponen a cualquier inversión minera en su territorio y usan la vía judicial para hacer valer sus derechos (por ejemplo, la Comunidad Diaguita de los Huascoaltinos, que interpuso, con el Observatorio Ciudadano, una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que fue declarada admisible).<sup>168</sup> No siempre logran hacer valer sus derechos, pero no cabe duda que, para otorgar una concesión o cualquier otro permiso de inversión en territorio ancestral o inscrito,

**168** CIDH, Comunidad Diaguita de los Huascoaltinos contra Chile, Petición 415-07, Informe de admisibilidad 141/09, y Audiencia, 25 de octubre de 2011.

se debe efectuar una CPLI. La normativa internacional permite que se invierta en esos territorios a pesar de la falta de consentimiento, siempre que estos estén debidamente titulados, que la inversión no implique desplazamiento, que no ponga en peligro la supervivencia de la comunidad, que no se acopien desechos peligrosos en estos territorios y que se hayan cumplido todos los requisitos de la CPLI.

Se recomienda al Estado:

- 1 Asegurar que los reglamentos que rigen temas de consulta cumplan con los estándares internacionales y convocar a un proceso de CPLI conforme al derecho internacional; especialmente, que el Reglamento sobre el SEIA sea consultado conforme a los estándares internacionales.
- 2 Dar prioridad a la adecuación a los estándares internacionales de la regulación sobre CPLI e inversiones; especialmente, que obligue a la CPLI de todos los actos administrativos y legislativos susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, incluyendo medidas que ingresen por declaración de impacto ambiental, otorgamiento de derechos de agua, concesiones, declaraciones de impacto ambiental u otros actos reglados; que los plazos establecidos para la CPLI cumplan estándares internacionales.
- 3 Asegurar la transparencia de todas las actividades de lobby en relación a proyectos de inversión y la regulación de las actividades de inversión.
- 4 Construir la confianza necesaria para los próximos procesos de consulta.

Se recomienda a las empresas, según los estándares internacionales aplicables:

- 5 Cumplir con la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, tal como es definida por las Naciones Unidas; especialmente, prevenir y, si ello no es posible, mitigar los impactos negativos de las actividades empresariales en los derechos humanos de las comunidades indígenas.
- 6 Entablar diálogo y negociación solamente con los órganos representativos de las comunidades, respetando todas las normas del derecho internacional sobre estos procesos, incluyéndolas además en los convenios que se celebren.
- 7 Cumplir con los estándares internacionales sobre diálogo, negociación, consulta y participación en los beneficios, aunque el Estado no lo requiera, especialmente en relación con actividades como prospección, concesiones y otorgamiento de derechos de aguas u otros recursos naturales en territorios ancestrales.