

CONSULTA PREVIA

CHILE

Por Jerónimo Carcelén Pacheco y
Valentina Mir Bennett

PHOTOGRAPH BY JOSE LUIS SAAVEDRA/REUTERS

AMERICAS QUARTERLY



■ ÍNDICE

2	Objetivo de la consulta previa y su evolución
4	Marco legal y reglamentos de la consulta previa
8	Instituciones estatales encargadas de implementación y sistema de consulta previa
10	Jurisprudencia
14	Estudios de caso
14	Proyecto Lobo Marte
20	Línea de arranque y subestación eléctrica Neptuno
21	Proyecto Caserones
22	Conclusiones y recomendaciones
24	Referencias

I. OBJETIVO DE LA CONSULTA PREVIA Y SU EVOLUCIÓN

La consulta previa constituye un procedimiento esencial de participación de las comunidades indígenas que les permite transmitir adecuadamente sus criterios y opiniones acerca de las medidas legislativas o administrativas que pretendan adoptarse, y que sean susceptibles de afectarles directamente, con el objeto de que puedan influir en la toma de dichas decisiones.

James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha señalado que la finalidad esencial de la consulta “consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan”¹.

Este procedimiento deberá cumplir con los principios, criterios y estándares del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (“Convenio” o “Convenio 169”): (i) debe realizarse de buena fe; (ii) debe ser adecuado y apropiado para cada pueblo; (iii) debe tener por finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca del proyecto; (iv) debe ser transparente; (v) debe respetar los ritmos y formas de tratar los temas; y, (vi) debe ser representativo. Agregaríamos que también debe ser proporcional y coherente con los impactos sociales y ambientales del proyecto.

Así, el objeto de la consulta previa consiste en lograr un acuerdo o consentimiento. Precizando esta exigencia, el Comité Tripartito OIT, en el contexto de una reclamación presentada en contra de Argentina, en su informe señaló que “el artículo 6 no incluye entre sus requisitos para que la consulta sea válida, la obtención del consentimiento, aunque sí exige que la consulta tenga el objetivo de alcanzarlo, lo cual requiere la instauración de un proceso de diálogo, intercambio verdadero y buena fe entre los diferentes interlocutores”².

Bajo el mismo predicamento, el Tribunal Constitucional ha señalado “que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental”³.

Esto significa entonces, que el proceso de consulta debe estar encaminado a la realización de todas las acciones que sean posibles para llegar a ciertos consensos, lo que no implica, de manera alguna, que el acuerdo deba ser necesariamente alcanzado para que

■ ■
El Tribunal Constitucional ha señalado “que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas [...] que constituye una forma de recabar opinión.

■ ■

se dé cumplimiento a esta exigencia. No implica un derecho de veto ni su resultado será forzosamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento. En otras palabras, si bien la consulta indígena debe estar inspirada por el deseo sincero de llegar a un acuerdo, la falta de dicho acuerdo no invalida el proceso de consulta en cuestión.

En el mismo orden de ideas, James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha planteado el supuesto de que los pueblos se rehúsen a ser consultados, señalando que “el Estado cumple con su deber de consultar cuando ofrece un proceso de consulta adecuado de acuerdo a los

estándares internacionales ... De hecho, cuando los pueblos se oponen a ser consultados y a la medida en cuestión, están rehusando otorgar su consentimiento, al igual si hubiesen entrado en un proceso de consulta y hubiesen rehusado otorgar su consentimiento o entrar en acuerdos dentro de ese proceso”.

■ ■
 “De hecho, cuando los pueblos se oponen a ser consultados y la medida en cuestión, están rehusando otorgar su consentimiento.”
 —James Anaya

Al respecto, es interesante tener a la vista la resolución N° 221 de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, de fecha 3 de octubre de 2013, que resuelve poner término a la medida provisional que había sido decretada, en orden a suspender el proceso de evaluación del proyecto El Morro, para dar cumplimiento a lo ordenado por la Excm. Corte Suprema.

Lo anterior, debido a que el sustento principal de dicha medida había sido precaver las consecuencias que se derivan de la incompatibilidad de los plazos establecidos por la ley para evaluar ambientalmente un proyecto y la realización de un proceso de consulta

indígena adecuado, sustento que se estimó ya no justificado debido a los innumerables intentos de la autoridad por llevar adelante un proceso de consulta con la comunidad indígena afectada, sin obtener los resultados esperados por su falta de respuesta y, sin indicios que permitan concluir que contará con la información requerida para la prosecución del proceso de consulta indígena.

A nuestro juicio, esta resolución es importantísima porque por primera vez se entendería cumplido el deber de consulta a pesar de que el proceso no haya podido llevarse a cabo. Sin perjuicio de lo anterior, habrá que monitorear qué ocurre si la resolución en comento es impugnada, para definir si su contenido comenzará o no a consolidarse como un nuevo enfoque administrativo y jurisprudencial.

II. MARCO LEGAL Y REGLAMENTOS DE LA CONSULTA PREVIA

El marco regulatorio aplicable en Chile a los pueblos originarios se compone de normas de carácter constitucional, legal y reglamentario —dictadas en distintas épocas y con fines diversos— que por una parte han consagrado y reconocido sus aspiraciones colectivas y, por la otra, han apoyado el desarrollo y fomento de las actividades de sus miembros individualmente considerados.

El Convenio 169 fue promulgado por decreto supremo N°236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial de fecha 14 de octubre del mismo año. El registro de la ratificación del mismo se realizó el 15 de septiembre de 2008, por lo cual conforme con el artículo 38 del Convenio, sus disposiciones entraron en vigencia en Chile a partir del día 15 de septiembre de 2009.

En el ámbito nacional, el Convenio 169 tiene la calidad de tratado internacional sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, resultando aplicable el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República que consagra el deber de los órganos del Estado no sólo de respetar y promover los derechos y garantías contenidas en ella, sino también los contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como es el caso del Convenio 169.

Por lo tanto, ningún órgano del Estado, a la luz del artículo 6° constitucional, puede desconocer los derechos reconocidos en el Convenio 169 y cualquier juez, ante un conflicto de normas, debe preferir las disposiciones de este instrumento por sobre otras normas legales, salvo que su aplicación menoscabe algún derecho garantizado a los propios pueblos indígenas en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

En relación a los procedimientos idóneos para recibir las opiniones de los pueblos indígenas, el Convenio 169 se refiere tanto a la consulta (artículos 6.1 y 6.2) como a la participación (artículo 7.1). En este sentido, cabe hacer presente que, tanto el artículo 6 N°1, letra a y N°2, como el artículo 7 del Convenio 169 fueron declarados por el Tribunal Constitucional como “normas autoejecutables”, por lo que se encuentran vigentes en nuestra legislación desde el 15 de septiembre de 2009, sin que sea necesario que el Estado adopte medidas regulatorias concretas y particulares para ejecutarlas en concordancia con el Convenio 169.

A continuación se singularizan los cuerpos normativos que dicen relación con la implementación de la Consulta Previa en Chile:

1) Ley N°19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (“Ley Indígena”).

El artículo 34 de la Ley Indígena señala que “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación

■ ■
Por lo tanto, ningún órgano del Estado, a la luz del artículo 6° constitucional, puede desconocer los derechos reconocidos en el Convenio 169.
■ ■

con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley...”. Por su parte, el artículo 35 dispone que “En la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes...”.

De este modo, en concordancia con artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵ y el artículo 6, numeral 1, letra a) de la Convención 169⁶, la Ley Indígena también regula la participación indígena estableciendo la obligación de los órganos del Estado, de consultar a los pueblos indígenas respecto de los asuntos que se vinculen con ellos, pero no señala la manera en que esto debe hacerse.

2) Decreto Supremo N°124/2009 del Ministerio de Planificación, reglamenta el artículo 34 de la Ley N°19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas (“Decreto 124”).

Aunque esta norma tuvo por objeto reglar la consulta y la participación de las comunidades indígenas, su legitimidad ha sido duramente cuestionada por los pueblos originarios ya que paradójicamente fue dictada sin someterse a un proceso de consulta previa, lo que atentaría contra la participación efectiva de los pueblos indígenas en la adopción de las medidas legislativas y administrativas que les conciernen. Sobre este cuerpo reglamentario, es necesario señalar que en el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2011), efectuó ciertas observaciones al Decreto 124, formulando también algunas recomendaciones para su aplicación, entre ellas, que sus artículos 16 y 21 “parecen dejar la decisión a los órganos administrativos en cuanto a la pertinencia de iniciar el proceso de consulta o de participación”; y que el artículo 7 “parece limitar la consulta a aquellos casos que [...] diga[n] relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena [...] o se refiera[n] a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables”.

3) Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“LBGMA”)

El inciso segundo del artículo 4 de la LBGMA señala que “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Así, esta norma reconoce la obligación de los órganos del Estado, con competencia ambiental, de contribuir al desarrollo de los pueblos indígenas en concordancia con las normas que establece el Convenio 169.

4) Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Con fecha 12 de agosto de 2013 se publicó en el Diario Oficial el nuevo Reglamento SEIA, el que entró en vigencia el 24 de diciembre de 2013. Una de las novedades de este reglamento es la inclusión de un proceso especial de consulta para los pueblos originarios.

En efecto, el artículo 85 del Reglamento SEIA dispone que “... en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento (que básicamente constituyen causales para ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de Estudios de Impacto Ambiental), en la medida que se afecte a uno o más grupos humanos indígenas, el Servicio de Evaluación Ambiental deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio de Evaluación Ambiental establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de

■ ■
El Reglamento SEIA impone la obligación de realizar una consulta indígena específica, distinta de la participación ciudadana.

las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los grupos humanos indígenas de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta. En aquellos casos que lo amerite, la población indígena deberá justificar los hechos en los que se fundamente su conciencia de identidad indígena”.

Así, el Reglamento SEIA impone la obligación de realizar una consulta indígena específica, distinta de la participación ciudadana que actualmente se realiza en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, que materialice los estándares

que fija el Convenio 169. Estos mecanismos de consulta serán propuestas para cada caso por lo que dependerá de las comunidades y características propias de cada proyecto en proceso de calificación ambiental; siendo distintos al proceso de consulta llevado adelante por el Ministerio de Desarrollo Social para acordar la forma de implementación de la consulta indígena.

Es necesario señalar que el día 11 de septiembre de 2013 un grupo de diputados presentó un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en contra del Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente que aprobó el Reglamento SEIA, el que fue rechazado por sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013.

Para tal efecto, entre otros puntos, los diputados argumentaron que la consulta regulada en el Reglamento SEIA es una materialización del artículo 6° del Convenio 169, y denunciaron tres vicios en dicha norma: (i) se vulnera la igualdad ante la ley por cuanto el Reglamento SEIA debió haber establecido un procedimiento adecuado y operativo de consulta para establecer una medida de discriminación positiva a favor de los pueblos indígenas; (ii) la consulta debió establecerse no sólo respecto de medidas graves, sino en relación a cualquiera que afecte los derechos colectivos que asisten a la comunidad indígena; y, (iii) el Reglamento SEIA regula derechos que deben ser definidos por los propios pueblos indígenas sobre la base de su derecho a la autodeterminación. Además, el Reglamento SEIA vulneraría la protección de los santuarios de la naturaleza, parques nacionales y monumentos naturales, en contravención a las normas de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América (Convención de Washington), que para todos los efectos legales es un tratado internacional ratificado por Chile y vigente desde el año 1967.

5) Ordinario N°140143 del Director Ejecutivo del SEA

El 27 de enero de 2014, el Director Ejecutivo del SEA emitió el Ordinario N°140143 (“Instructivo”) con el objeto de regular el denominado “Análisis de ingreso por susceptibilidad de afectación directa a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas” (“GHPP”).

Lo anterior, se traduce en la posibilidad de dirigir una solicitud al Director Regional o al Director Ejecutivo del SEA, según corresponda, a fin de obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar para la presentación de un proyecto o actividad y su eventual proceso de consulta, cuando se trate de proyectos o actividades que deban ingresar al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) por generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento SEIA:

- Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;
- Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; o,
- Alteración del patrimonio cultural.

La referida solicitud podrá presentarse cuando (i) el proyecto afecte a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas o (ii) se tengan dudas acerca de si el proyecto afecta a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas.

En el primer caso, el análisis del SEA estará destinado a obtener información sobre las costumbres y estructuras organizativas de los GHPPi y, en el segundo, a recabar antecedentes para que el proponente evalúe si dentro del área de influencia de su proyecto o actividad se encuentran GHPPi y si se generan impactos significativos sobre los mismos. Para estos efectos el Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, con el objeto de recoger sus opiniones y considerarlas en su pronunciamiento.

Al respecto, el Instructivo aclara dichas reuniones no serán consideradas como un proceso formal de consulta indígena pero que, en todo caso, permitirán al proponente conocer antecedentes relevantes de las comunidades ubicadas en el área de influencia de su proyecto (sus mecanismos de toma de decisiones, sus costumbres y estructuras organizativas) para que, con la debida antelación, pueda determinar cuál es la forma más adecuada para un eventual proceso de consulta.

III. INSTITUCIONES ESTATALES ENCARGADAS DE IMPLEMENTACIÓN Y SISTEMA DE CONSULTA PREVIA

El artículo 39 de la Ley Indígena señala que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (“CONADI”) es “el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional”.

La CONADI es un servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Desarrollo Social. Esta Corporación fue creada el año 1993 con la dictación de la llamada Ley Indígena y cumple un doble rol de ejecutar políticas públicas para el desarrollo de las comunidades indígenas y, al mismo tiempo, representarlas en los distintos ámbitos de participación en la vida nacional.

Desde el mes de marzo del año 2011 el Gobierno de Chile, a través del Ministerio de Desarrollo Social, realizó un proceso de consulta para acordar la forma de implementación del derecho a consulta de los pueblos indígenas en base al Convenio 169.

Este proceso contempló la realización de talleres, el otorgamiento de apoyo técnico y logístico para el desarrollo de las propias reuniones de las organizaciones indígenas, la entrega de asesoría independiente mediante la contratación de abogados y expertos escogidos por los propios pueblos indígenas y el financiamiento de éstas y otras actividades.

Esta iniciativa es muy positiva y está en línea con las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas en lo que se conoce como la consulta de la consulta: “Para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso. El Relator Especial ha observado que, en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta”.

Lamentablemente, no hubo consenso en tres aspectos esenciales de la consulta previa: a) definición de afectación; b) tipos de medidas administrativas sujetas a consulta previa; y, c) proyectos de inversión que deben someterse a procesos de consulta previa.

Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”) también está dotado de facultades administrativas en materia de participación ciudadana y consulta previa a los pueblos originarios. En efecto, el artículo 4 de la Ley N°19.300 sobre bases generales del Medio Ambiente (“LBGMA”) establece una regla de carácter general según la cual “Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En efecto, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“Reglamento SEIA”) que entró recientemente en vigencia (24 de diciembre de 2013) señala que “... establece las disposiciones por las cuales se regirá el Sistema de Evaluación de Impacto

Ambiental y la Participación de la Comunidad en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental...” (artículo 1). De acuerdo a un estudio publicado por el Ministerio de Energía, el nuevo Reglamento incorpora una serie de disposiciones concernientes al factor indígena en la elaboración de la línea base del medio humano, la determinación de impactos ambientales significativos y la consulta indígena”⁸.

■ ■
 Se debe entender que la participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, a formular observaciones y a obtener respuesta fundada.

Por su parte, el artículo 81 letra h) de la LBGMA señala que corresponderá al SEA “fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos, de conformidad a lo señalado en la ley”. En este sentido se debe entender que la participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, a formular observaciones y a obtener respuesta fundada de ellas (Artículo 82). En el ámbito del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”) constituye una etapa del procedimiento, que es obligatoria para los Estudios de Impacto Ambiental (“EIA” o “Estudio”) y facultativa las Declaraciones de Impacto Ambiental (“DIA” o “Declaraciones”), sin perjuicio que cuando se trate de proyectos o actividades que generen cargas ambientales para las comunidades próximas, la participación ciudadana podrá ser decretada a solicitud de ciertos interesados⁹.

El artículo 83 del Reglamento SEIA establece las obligaciones del SEA en materia de participación ciudadana señalando que “corresponderá a las Comisiones de Evaluación o al Director Ejecutivo, según sea el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones, cuando corresponda.

■ ■
 Para la implementación de los mecanismos a que se refiere este Título, el Servicio podrá solicitar la colaboración de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental o con competencia en materia de desarrollo comunitario, social o indígena y/o de participación ciudadana”.

Igualmente, esta norma señala que el SEA “propiciará la instancia de encuentro entre el titular y la comunidad, con el objeto que ésta se informe sobre las particularidades del proyecto o actividad. Estas actividades deberán realizarse oportunamente en un lenguaje sencillo, directo y de fácil comprensión para la comunidad”.

IV. JURISPRUDENCIA

En los últimos años, la Corte Suprema ha conocido una serie de causas en las que se ha pronunciado sobre el deber de consulta a las comunidades indígenas, estableciendo los criterios que permiten determinar cuándo es procedente o no llevarlas a cabo, de manera de dar cumplimiento a la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas interesados cuando se trata de proyecto o actividades que han ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Debido a que se trata de un tema donde el marco legal y regulatorio está en proceso de implementación, las sentencias de los tribunales de justicia en esta materia han sido distintas, sin que exista un solo criterio respecto de los estándares para la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas. Para una mejor comprensión de las posiciones que ha tenido la Corte Suprema en esta materia, hemos hecho una distinción entre dos etapas de su criterio jurisprudencial:

1) La obligación de consulta a que se refiere el Convenio 169, se entiende satisfecha cuando tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental, se genera el proceso de participación ciudadana establecido en la LBGMA.

En efecto, tal como dan cuenta sus sentencias en los casos Estación de Transferencia de Residuos (4 de enero de 2011, Rol N°6062-2010); Ducto al Mar Valdivia (14 de octubre de 2012, Rol N°4078-2010) y Piscicultura Palguín (17 de mayo de 2010, Rol N°1.525-2010), la Corte Suprema sostenía que si un proyecto había ingresado bajo la forma de un Estudio de Impacto Ambiental, y se había llevado adelante un proceso de participación ciudadana, ello resultaba suficiente para satisfacer las exigencias establecidas en el Convenio 169 sobre consulta.

A este respecto, vale la pena recordar que quien decide la presentación del proyecto o actividad al SEIA es el titular del mismo, debiendo hacerlo a través de uno de los dos modos definidos por la LBGMA: Estudio de Impacto Ambiental y Declaración de Impacto Ambiental.

Esta diferencia ha sido explicada de la siguiente manera por la doctrina: “Procede la presentación de un EIA, cuando el proyecto o actividad que en él se contiene puede generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias que señala el artículo 11 de la LBGMA, y que son el riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor

■ ■
La obligación de consulta a que se refiere el Convenio 169, se entiende satisfecha cuando tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental.

■ ■

ambiental del territorio en que se pretende emplazar; alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona y alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural¹⁰. Cuando no se generen los efectos antes indicados, se procederá con la presentación de una DIA.

Por la misma razón, en esta etapa jurisprudencial, la Corte Suprema sostenía que si un proyecto había ingresado bajo la forma de una Declaración de Impacto Ambiental y se generaban en consecuencia los efectos señalados en el artículo 11 de la LBGMA que exigen la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, entonces su calificación ambiental contemplaría el proceso de participación ciudadana y a través de éste se cumpliría con la obligación de consulta.

2) La obligación de consulta a que se refiere el Convenio 169, se entiende satisfecha cuando tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental, se genera un proceso especial referido a los indígenas, independiente del proceso de participación ciudadana establecido en la LBGMA.

Tal como se desprende de los casos Paguanta (30 de marzo de 2012, Rol N°11.040-2011); Parque Eólico Chiloé (22 de marzo de 2012, Rol N°10.090-2011), El Morro (27 de abril de 2012, Rol N°2011-2012) y Plan Regulador de San Pedro de Atacama (13 de julio de 2012, Rol N°258-2011), la Corte Suprema ha venido señalando que el proceso de participación ciudadana a que se refiere la LBGMA en supuestos de un Estudio de Impacto Ambiental, no es un mecanismo suficiente para cumplir con la obligación de consulta fijada en el Convenio 169.

A partir de dichos precedentes es posible concluir entonces que el actual criterio de la Corte Suprema en materia de la consulta a que se refiere el Convenio 169, es el siguiente:

a) La resolución de calificación ambiental es una medida administrativa de aquellas a las que alude el Convenio 169, y por lo tanto es susceptible de afectar directamente a los pueblos originarios, con lo cual el concepto establecido en el Decreto 124 se supera en función de lo resuelto por la Corte Suprema. En efecto, el Decreto 124 define las medidas administrativas como “las nuevas políticas, planes y programas” (artículo 14), las cuales, de acuerdo con el artículo 4, son aquellos que provienen de “los Ministerios, las Intendencias, los Gobiernos Regionales, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia”.

b) La afectación directa a los pueblos originarios se produce cuando se genera alguno de los efectos establecidos en las letras c, d, e y f del artículo 11 de la LBGMA, esto es, respectivamente, reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

c) Si se trata de un proyecto que ingresó bajo la forma de una DIA y de acuerdo con los antecedentes se genera alguno de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11 de la LBGMA, dicha actividad debe reingresar bajo la forma de un EIA y, en el contexto de dicho instrumento de gestión ambiental, ha de llevarse adelante un proceso de consulta en los términos que establece el Convenio 169.

d) Con respecto a la forma de llevar adelante la consulta bajo los estándares del Convenio 169, ha señalado que éste “establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia,

■ ■
 La Corte Suprema ha indicado que los meros acercamientos o reuniones con las comunidades “distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha.”

un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible”, de lo cual “se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.”¹¹.

Por consiguiente, la Corte Suprema ha indicado que los meros acercamientos o reuniones con las comunidades “distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de

sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”¹².

En este punto, es interesante señalar que a principios del mes de enero, las comunidades indígenas afectadas por el Parque Eólico Chiloé (comunidad Antu Lafquen de Huentetique) y la empresa que desarrolla el proyecto, llegaron a un acuerdo con la finalidad de que se implementen ciertas medidas para disminuir el impacto del proyecto (por ejemplo, la disminución en el número de aerogeneradores) y para promover el desarrollo de las organizaciones sociales a través de una fundación que gestione fondos concursables.

e) La falta de consulta en los términos establecidos en el Convenio 169, generada a partir de la posible detonación de los efectos establecidos en el artículo 11 de la LBGMA, convierte en ilegal la resolución de calificación ambiental, por carecer este acto administrativo, de la fundamentación necesaria que demandan las disposiciones de la ley N°19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

f) Tratándose de DIAs de proyectos que a juicio de la Corte Suprema pueden generar alguno de los efectos establecidos en el artículo 11 de la LBGMA, las medidas de protección que ha adoptado dicha Corte consisten en (i) dejar sin efecto la resolución de calificación ambiental, (ii) ordenar el ingreso de los proyectos bajo la forma de un EIA y (iii) realizar el proceso de consulta en la forma y bajo los estándares establecidos en el Convenio 169.

Es importante señalar que si bien la Corte Suprema no ha definido cuáles son estos estándares, entendemos que se refiere a que la consulta previa sea un proceso de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado como parte del procedimiento de evaluación ambiental de un proyecto o actividad.

En este sentido, los pronunciamientos van más allá e incluso en contra de lo que señala el Decreto 124, cuyo artículo 5 dispone que “los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley N 19.253 serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contempla en las respectivas

normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la administración del Estado competente podrá aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento. En este último caso, el proceso de consulta deberá quedar concluido en un plazo máximo de noventa días a contar de la primera presentación relativa al proyecto que se realice ante la autoridad administrativa”.

Sin embargo, en el caso de proyectos que han ingresado bajo la forma precisamente de un EIA, la medida de protección no deja de llamar la atención, pues a la luz del tenor literal de lo resuelto por la Corte Suprema, parece desprenderse que la Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) no se deja sin efecto —en el sentido de ser invalidada— sino que sus consecuencias jurídicas se suspenden en tanto no se lleve a cabo la evaluación adecuada del componente indígena.

Así lo determinó la Corte Suprema en el caso del proyecto minero El Morro (Goldcorp), al señalar que dejaba sin efecto la RCA que calificó favorablemente su EIA, “mientras no se complemente y se corrija el apartado relacionado a los efectos, características y circunstancias señaladas en la letra c) del artículo 11 de la Ley 19.300 relativo al reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de sistema de vida o costumbres de grupos humanos”. Posteriormente, la empresa llevó a cabo el proceso de consulta en las comunidades excluidas originalmente y una vez presentado a la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama, ésta calificó favorablemente el proyecto El Morro.

Sin embargo, las comunidades aún no se encuentran conformes con esta decisión y han impugnado esta RCA a través de un recurso administrativo de reclamación presentado el día 5 de diciembre de 2013, el que aún no se resuelve por el Comité de Ministros integrado por los ministros de Medio Ambiente; Salud; Economía, Fomento y Turismo; Agricultura; Energía; y, Minería.

V. ESTUDIOS DE CASO

Como parte de la presente investigación sobre la Consulta Previa en Chile, se han elegido algunos casos en que se han realizado procesos de consulta previa con las comunidades indígenas afectadas por los proyectos de inversión. Es importante señalar que podemos distinguir dos tipos de procesos: los que han sido conducidos por la autoridad ambiental (SEA) como parte del SEIA; y, los que han sido llevados a cabo por las empresas titulares de los proyectos de acuerdo a los principios del Convenio 169, en el marco del SEIA y con escasa participación de las autoridades administrativas encargadas de los asuntos indígenas.

Como se señaló anteriormente, el SEA es el órgano de la Administración del Estado encargado de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Actualmente, el SEA está desarrollando nueve procesos de consulta indígena de los cuales cinco corresponden a proyectos del sector energético, tres del sector minero y uno del sector forestal. En cuanto a su ubicación, los proyectos del sector energético y forestal se sitúan en la zona central y sur del país, afectando comunidades mapuches; por su parte, los proyectos mineros se ubican en la zona norte del país afectando, principalmente, comunidades aymaras, quechuas y atacameñas.

1. PROYECTO LOBO MARTE (MINERA LOBO MARTE S.A.—KINROSS)

Síntesis del Proyecto

Con fecha 29 de junio de 2011, Minera Lobo Marte S.A. sometió al SEIA el EIA del proyecto “Reinicio y Expansión Proyecto Lobo Marte” (“Proyecto Lobo Marte”). El Proyecto Lobo Marte se ubica a 160 kilómetros al este de la ciudad de Copiapó, a unos 4.200 metros sobre el nivel del mar, en la denominada “Franja Aurífera de Maricunga”, en la Región de Atacama. Su objeto es la producción de oro en barras de metal doré y de precipitado de cobre, dando continuidad a la explotación de la Mina “Marte”, e incorporando un segundo yacimiento denominado “Lobo.” Ambos yacimientos mineros serán explotados a partir de la habilitación de dos rajos abiertos y el tratamiento de los minerales en una planta de procesamiento; con una explotación promedio anual estimada de 47.000 toneladas por día, con los que considera producir un promedio de 350.000 oz/año de metal doré y 3.500 t/año de cobre, en forma de precipitado de sulfuro de cobre. El monto estimado de la inversión asciende a 800 millones de dólares.

El Proyecto definió un programa de participación pública y ciudadana temprana, previo a la calificación ambiental del EIA, orientado a asegurar la participación informada de la comunidad en aspectos relacionados con la evaluación ambiental del mismo. Los principales contenidos de este proceso de consulta previa fueron los siguientes:

a) Identificación de actores sociales: Se elaboró un programa específico de participación ciudadana y pública, que exigió identificar hitos y momentos clave dentro del desarrollo del EIA del Proyecto Lobo Marte, con el objeto de elaborar estrategias adecuadas para cada uno de ellos. Uno de los principales grupos de interés identificados en la zona del Proyecto Lobo Marte, fueron cuatro comunidades indígenas Colla que se sitúan dentro del área de influencia del Proyecto Lobo Marte, específicamente en la Quebrada de Paipote y San

Andrés. Si bien de acuerdo a la información disponible, hay solo doce personas que residen en ese sector, la consulta se llevó a cabo con el conjunto de comunidades indígenas Colla a la cual se adscriben.

b) Participación en estudios de línea de base con comunidades Colla: Durante las actividades de levantamiento de información de línea de base social y ambiental se consideró la participación y/o acompañamiento de las comunidades indígenas Colla, sus intereses y sus prácticas socioeconómicas y culturales.

c) Actividades previas al ingreso del SEIA: (i) se tomó contacto con representantes de las cuatro comunidades Colla para darles a conocer la propuesta metodológica y contar con su consentimiento para llevarla a cabo; (ii) se realizaron dos talleres con las comunidades, incluido uno en el sector alto de la cordillera, para hacer una puesta en común de los diversos temas de análisis y los elementos socio ambientales relevantes a incorporar en el estudio; esta información posteriormente fue validada en dos visitas a terreno que permitieron identificar elementos significativos y precisar su localización; (iii) la información recogida se entregó en las respectivas asambleas, con el objeto de recoger las inquietudes, consultas e información adicional o complementaria de sus asociados; (iv) una vez validada la información se efectuó una presentación del informe final del trabajo realizado.

d) Plan de Participación Pública: Este plan estableció tres etapas para la entrega de información y consulta: (i) divulgación de la metodología utilizada en los estudios de línea base ambiental y social, dirigido a los equipos técnicos de los diversos servicios públicos de la región; (ii) divulgación del Proyecto Lobo Marte a través de talleres de participación pública con los diversos grupos de interés, tales como servicios públicos, autoridades y funcionarios locales, organizaciones comunitarias locales, organizaciones productivas, medios de comunicación, organizaciones educacionales y comunidades Colla; (iii) divulgación ampliada y consulta del Proyecto Lobo Marte con el propósito de informar acerca de los resultados y los impactos del proyecto en forma directa a la comunidad, generando una oportunidad de diálogo y de recepción de consultas, inquietudes y preocupaciones.

e) Las materias tratadas en estos talleres incluyeron información sobre calidad del aire; rutas de acceso al Proyecto Lobo Marte; áreas de valor ambiental y protección de corredores de fauna; flora y vegetación; agua; valoración del Pueblo Indígena Colla de su territorio; y la definición del proceso de divulgación y consulta temprana considerando la legislación nacional y el Convenio 169.

Análisis General del Proceso de Consulta

La empresa sostuvo un proceso de diálogo participativo con cuatro comunidades indígenas Colla con identificación cultural y ancestral con la zona del proyecto: Sinchi Wayra, Pastos Grandes, Comuna de Copiapó y Pai Ote.

Si bien el objetivo general de un proceso de esta naturaleza es la búsqueda de acuerdos con cada una de las cuatro comunidades indígenas Colla del área de influencia del Proyecto Lobo Marte, la relación que se crea entre la empresa y las comunidades excede este proyecto en particular y contribuye a la creación de confianzas y construcción de consensos para el desarrollo de la minería en dicha zona.

Así, en el marco del proceso de evaluación ambiental del EIA “Reinicio y Expansión del Proyecto Minero Lobo-Marte”, se constituyeron mesas de trabajo para consensuar el conjunto de medidas socio ambientales voluntarias aplicables al Proyecto Lobo Marte.

Desde el inicio del proceso de implementación de un plan de relaciones con las comunidades indígenas Colla del área de influencia (2009), la empresa llevó adelante un proceso de divulgación y diálogo permanente con estas comunidades a través de

diversas actividades participativas como su inclusión en el estudio de línea de base del proyecto, lo que se denominó “Etnocartografía Participativa”.

Por su parte, las mesas técnicas de trabajo desarrollaron un trabajo continuo y participativo para discutir y resolver temas de interés mutuo. Entre los meses de noviembre de 2012 y abril de 2013, las partes trabajaron en el diseño e implementación de un proceso de validación de medidas ambientales voluntarias; este proceso contempló reuniones talleres, trabajo de terreno y el tratamiento

de las medidas a través de mecanismos de diálogo y retroalimentación, en los cuales se entregó toda la información pertinente y se recogieron los planteamientos de cada una de las comunidades.

Los resultados de estas mesas y actividades participativas se incluyeron en el proceso de evaluación ambiental mediante su incorporación a las adendas del EIA.



Por su parte, las mesas técnicas de trabajo desarrollaron un trabajo continuo y participativo para discutir y resolver temas de interés mutuo.



los planteamientos de las comunidades para evaluar su inclusión en las medidas socio-ambientales voluntarias; y, (vi) obtener la firma de acuerdos respecto de todas las medidas socio ambientales voluntarias.

La estrategia definida por la empresa para alcanzar estos objetivos se basó en un proceso estructurado en tres etapas, que contempló el desarrollo de reuniones, talleres y trabajo de terreno con las cuatro comunidades indígenas Colla del área de influencia del proyecto (Sinchi Wayra, Pastos Grandes, Comuna de Copiapó y Pai Ote).

Una de las diferencias que la empresa entiende que marcó en este proceso, fue el involucramiento directo de las gerencias con responsabilidad en los temas de sustentabilidad y relaciones comunitarias (Gerencia de Responsabilidad Corporativa & Relaciones Comunitarias; Gerencia de Permisos y Medio Ambiente de Minera Lobo-Marte S.A.; Equipo área social de Kinross), los que contaron con el apoyo permanente de los antropólogos, sociólogos y geógrafos que formaban parte del equipo de consultores externos (Amec E&I Chile).

Resultados del Proceso de Consulta

En opinión de la empresa, durante todo el proceso desarrollado con las mesas de trabajo se logró la atención y el interés de cada una de las comunidades indígenas involucradas, por cuanto las medidas socio-ambientales propuestas les afectaban directamente. Las comunidades hicieron sus planteamientos y observaciones a la mayor parte de estas medidas, siempre con el ánimo de mejorarlas y, eventualmente, adecuarlas a los distintos ámbitos de desarrollo: social, económico, ambiental y cultural. Igualmente, cabe destacar que todas las medidas fueron valoradas por las comunidades y ninguna de ellas fue eliminada o modificada sustantivamente, como tampoco hubo mociones o solicitudes de agregar nuevas medidas, lo que refleja una adecuada sintonía y visión común entre la empresa y las comunidades.

Además de las medidas socio-ambientales voluntarias, las mesas de trabajo también conocieron de los demás componentes relevantes del EIA y que fueran de interés para las comunidades indígenas Colla.

De acuerdo a los antecedentes recabados en las entrevistas con las comunidades indígenas Colla, con la empresa y con algunas autoridades regionales, el proceso de participación y validación de las medidas socio-ambientales voluntarias se realizó con altos estándares de transparencia, confianza y buena fe, lo que permitió fortalecer y perfeccionar dichas medidas, además de conseguir un consenso sobre sus contenidos y legitimidad en sus modos de aplicación.

Si bien los acuerdos fueron suscritos formalmente y formaron parte del proceso de evaluación ambiental del proyecto, estimamos que éstos no se acaban en dicha participación y deben servir de base para los planes y medidas que la empresa diseñe y ejecute en el futuro.

Este caso de estudio es muy clarificador en la dinámica que se produce en las relaciones entre comunidades y empresa; entre empresa y el Estado; entre las comunidades y el Estado; entre los propios servicios del Estado; y entre las distintas comunidades afectadas por el proyecto. Como se ha dicho, es fundamental que cada parte interesada comprenda y ejerza su rol de buena, siempre en la búsqueda del consenso y del planteamiento transparente de sus posiciones.

Lobo Marte es un buen ejemplo de que las relaciones humanas se nutren del contexto social e histórico y de que la construcción de confianzas contribuye a alinear los intereses de las partes en la búsqueda del consenso requerido para el desarrollo de los proyectos de inversión. Las comunidades Colla y Kinross han tenido una relación permanente durante todo el tiempo que la empresa ha desarrollado sus proyectos en el área, lo que sin duda facilita un diálogo franco entre ellas; no siempre se llega a acuerdos entre las partes pero cada una de ellas respeta la posición de la otra.

Asimismo, es interesante destacar que si bien la empresa intentó un proceso participativo de búsqueda de acuerdos con las cuatro comunidades indígenas Colla, debido a diferencias entre ellas, el proceso se desarrolló en dos grupos: el primero, con la participación de las comunidades Sinchi Wayra, Pastos Grandes, Comuna de Copiapó, y el segundo, con la comunidad Pai Ote. Lo anterior no fue obstáculo para cumplir con los objetivos planteados.

Medidas Socio-Ambientales Voluntarias

Entre las medidas socio-ambientales discutidas y consensuadas entre la empresa y las comunidades Colla, se destaca el apoyo en distintas iniciativas, con la contribución tanto de recursos a través de fondos concursables como de transferencia de conocimientos y competencias.

En la mayoría de los casos, las medidas consideran la coordinación con los servicios públicos competentes.

Iniciativas Productivas, Culturales, Educativas y Turísticas

a) Apoyo a realización y difusión de actividades culturales relevantes para la comuna y/o localidades.

b) Desarrollo de infraestructura para proyectos productivos y/o turísticos.

c) Apoyo para la realización de talleres sobre la cultura Colla realizados por instructores pertenecientes a las comunidades indígenas.

d) Capacitación para la calificación de “técnicos en asuntos indígenas”.

e) Difusión de la cultura Colla y apoyo para la realización de una muestra audiovisual sobre la cultura Colla.

Programas de Capacitación y Seguridad Vial

- a)** Capacitación a transportistas y choferes enfocado en seguridad vial, con énfasis en seguridad vial y derechos y deberes de los peatones.
- b)** Programa de difusión de la cultura Colla entre transportistas y choferes, que incluye temas de relevancia cultural, de cosmovisión e historia de la etnia Colla y el calendario de festividades, dictado por miembros de las comunidades indígenas.
- c)** Capacitación a representantes de las comunidades indígenas para la realización de control y seguimiento en los caminos de acceso a la faena minera.
- d)** Realización de señalética con pertinencia cultural en coordinación con la autoridad competente.
- e)** Identificación de todo transporte relacionado con Minera Lobo Marte.

Plan de Comunicación e Información

- a)** Plan de contingencia para información de episodios importantes en las vías de acceso al proyecto a través de boletines mensuales.
- b)** Establecimiento de un número 800, sin costo para quien realiza el llamado, para la solicitud de información relacionada con episodios importantes en las rutas de acceso al proyecto minero.
- c)** Instalación de equipo para primeros auxilios en un lugar estratégico dentro del área de influencia del proyecto.
- d)** Implementación de un mecanismo de reclamos en la vía, mediante un sistema de radio que permita informar accidentes en la ruta, cargas sobredimensionadas, etc.
- e)** Estrategia de comunicación en materia de seguridad y riesgos en las rutas que incluye la entrega de folletos y trípticos a transportistas y choferes, tanto en las rutas como en las capacitaciones.
- f)** Instalación de señalética y letreros con información relacionada a deberes y derechos de transeúntes y choferes, en terrenos de las comunidades Colla.
- g)** Difusión en folletos, sitio web y cápsulas radiales con información sobre los programas de relaciones comunitarias del proyecto, sus hitos relevantes y la materialización de los concursos y planes con las comunidades indígenas.
- h)** Reuniones mensuales con comunidades Colla para la distribución de información significativa.

Desarrollo de iniciativas Laborales

- a)** Capacitación para el desarrollo microempresarial mediante transferencia de conocimiento en temas relacionados con administración y gestión de negocios.
- b)** Apoyo a los miembros de las comunidades en temas de escritura y lectura considerando la pertinencia cultural y el respeto por la comunidad Colla.
- c)** Cursos para operaciones de mina y planta e instrumentistas.

d) Plan de inserción/reinserción laboral para la población indígena Colla del área de influencia del proyecto.

e) Creación de una bolsa de trabajo específica para profesionales, técnicos y trabajadores calificados y no calificados de las comunidades indígenas Colla.

Formación de Educación Técnica Superior y Capacitación de Mano de Obra

a) Entrega de 12 apoyos educativos anuales para jóvenes de comunidades Colla.

b) Apoyo para las comunidades Colla en formación de educación superior, técnica superior y capacitación de mano de obra, a través de un plan anual, cuyos beneficiarios serán seleccionados por las propias comunidades en razón de los méritos académicos.

c) Apoyo educativo para 9 jóvenes de las comunidades Colla.

d) Beca para elaborar Tesis de Grado (una por comunidad cada año).

e) Beca a la Excelencia Académica “Paulino Bordones” (una por comunidad cada año).

Apoyo a la Consolidación Étnica

a) Programas de consolidación y valorización de comunidades indígenas Colla en celebraciones, ceremonias y prácticas ancestrales.

b) Desarrollo de un seminario Tatanacui (encuentro étnico).

c) Apoyo para la incorporación de pertinencia culturales en planes educativos universitarios.

d) Desarrollo de cursos orientados a alumnos de enseñanza básica, media y de últimos años de enseñanza superior.

e) Desarrollo de un programa de capacitación y actividades orientadas a la recuperación y fortalecimiento de la cultura Colla en sus diferentes dimensiones: salud, artesanía, tradición oral, celebraciones, gastronomía, entre otros.

f) Plan Anual de actividades de interrelaciones sociocultural con comunidades Colla de Chile – Argentina.

g) Puesta en valor del patrimonio cultural de comunidades Colla.

h) Apoyo económico a la realización de encuentros culturales enfocado en los saberes de las comunidades Colla (leyendas, mitos, arte culinario, música, entre otros).

i) Apoyo a la elaboración de publicaciones en distintos formatos, que releven el patrimonio cultural de las comunidades Colla, destacando aspectos importantes de su cultura tales como las tradiciones orales, la etnomedicina, el desarrollo de actividades turísticas para difusión de hitos culturales, etc.

Evaluación de las Etapas del Proceso de Consulta

Las medidas y planes de trabajo serán evaluados periódicamente en las mesas de trabajo con las comunidades Colla del área de influencia. Estas mesas también buscan implementar un espacio de comunicación formal para la realización y difusión de todas las medidas aplicables a las comunidades indígenas, generando un plan participativo anual de actividades durante la vida útil del proyecto, es decir en las etapas de construcción, operación y cierre.

Sin perjuicio de lo anterior, los acuerdos entre la empresa y las comunidades indígenas Colla consideran la posibilidad de convocar a reuniones extraordinarias de acuerdo a las necesidades y requerimientos de los interesados.

2. LÍNEA DE ARRANQUE Y SUBESTACIÓN ELÉCTRICA NEPTUNO (TRANSELEC S.A.)

La construcción del proyecto considera una línea eléctrica de 867 metros y una subestación eléctrica (“SE”) tecnología GIS que serán instalados en terrenos de Metro S.A. en la comuna de Lo Prado, zona urbana de la Región Metropolitana. El trazado se proyectó para llegar a la SE evitando lo más posible la afectación de zonas pobladas.

Al analizar el trazado en terreno, Transelec determinó la presencia de un sitio ceremonial (Rehue) y una cancha de Palín utilizados por las comunidades Mapuche urbanas de Santiago en un terreno que había sido entregado por la I. Municipalidad de Lo Prado a las asociaciones Mapuches de la zona. En consideración de lo anterior se modificó el trazado de la línea eléctrica, sacándolo del terreno entregado a las asociaciones, y se elaboró un EIA en vez de una DIA, el que reconoce la posible afectación del sitio ceremonial por proximidad.

En el levantamiento de la línea de base socio ambiental para el EIA, la empresa tomó contacto con personeros de las comunidades indígenas con el objeto de recoger información sobre la posible afectación de sus actividades por parte del proyecto. Además, Transelec informó de esta situación al Servicio de Evaluación Ambiental con anterioridad al ingreso del EIA al SEIA; adicionalmente, se solicitó al SEA que dicte una resolución para formalizar el inicio de la consulta previa, la que fue emitida en el mes de febrero de 2013, constituyendo la primera vez que esto ocurre en Chile.

Para el éxito del proyecto y la debida consideración de las comunidades afectadas, Transelec ha sostenido conversaciones periódicas tanto con las autoridades de la I. Municipalidad de Lo Prado como con los dirigentes de las comunidades Mapuche, con el objeto de presentar los aspectos más importantes del proyecto, estudiar y discutir las mejores alternativas para su implementación; y encontrar de manera conjunta, en un contexto de buena fe, diálogo y confianzas mutas, las medidas que permitan evitar o mitigar la afectación del Rehue y el Palín.

La RCA que aprueba el proyecto fue dictada con fecha 7 de marzo de 2014. Sin embargo, con fecha 24 de abril de 2014, la Comunidad Mapuche de Lo Prado interpuso un Recurso de Protección en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental por haber dictado una resolución favorable sin que se haya realizado una consulta indígena de acuerdo a los estándares del Convenio 169 de la OIT. Argumentaron, entre otras razones, que el proceso llevado a cabo por el SEA sólo constituyó “conversaciones preliminares” y que, por lo tanto, no puede considerarse que ha cumplido con los principios del Convenio 169.

Si bien aún no concluye el proceso, existen algunas observaciones por parte de las comunidades a la forma en la que el SEA ha llevado adelante la consulta, referidas principalmente a que este proceso sólo constituye “conversaciones preliminares” y por lo tanto no puede considerarse que ha cumplido con los principios del Convenio 169 para la consulta previa ya que afectaría el principio de buena fe y de “igualdad de condiciones” que no se han dado en este caso.

Tal manifestación de la comunidad nos entrega cierta evidencia de que los procesos de construcción de confianzas generados por las empresas no son suficientes si no existe una institucionalidad que permita llevar adelante los procesos de consulta previa. Así, se requiere que la consulta previa esté revestida tanto de un proceso ajustado a las normas aplicables (legalidad) como que sea un sistema válido para recibir las opiniones de las comunidades indígenas que puedan verse afectadas por el desarrollo de los proyectos (legitimidad).

Otra crítica subyacente en el cuestionamiento que han hecho las comunidades Mapuche de Lo Prado se refiere a la necesidad de las comunidades indígenas de contar con

asesores independientes, contratados con fondos del Estado, para estudiar y validar los EIAs y DIAs presentados por las empresas a la autoridad ambiental.

De acuerdo a la información entregada por los equipos a cargo de las relaciones comunitarias de Transelec, la empresa tiene confianza en que la relación que existe con las comunidades Mapuche y sus dirigentes permitirá concluir satisfactoriamente el proceso de consulta indígena, de buena fe, en cumplimiento a los principios del Convenio y debidamente ratificado por la autoridad ambiental competente.

Sin perjuicio de lo anterior, tal como ya lo hemos señalado, existen casos —como los que analizaremos a continuación— en que las partes fueron capaces de crear instancias de entendimiento entre la empresa y las comunidades, en un contexto de confianza y cooperación mutua, que se tradujeron en acciones concretas por parte de los titulares de los proyectos, tales como, adecuaciones en los diseños de ingeniería, en la localización de las instalaciones o en el control de las emisiones.

3. PROYECTO CASERONES (MINERA LUMINA COPPER CHILE S.A.— “PAN PACIFIC”)

Con fecha 20 de octubre de 2008, Minera Lumina sometió al SEIA el proyecto Caserones (“Proyecto Caserones”), a través de la presentación de un EIA ante la Comisión Regional del Medio Ambiente de la III Región de Atacama. El Proyecto Caserones se localiza aproximadamente a 160 kilómetros al sureste de la ciudad de Copiapó a una altura media de 4.300 m.s.n.m. en la Región de Atacama.

El Proyecto Caserones tiene como objetivo la producción y venta de concentrado de cobre, cátodos de cobre y concentrado de molibdeno. La inversión estimada para este proyecto es de aproximadamente 1.700 millones de dólares.

Con fecha 28 de abril de 2012, Minera Lumina y la Comunidad Indígena Colla suscribieron un Protocolo de Cooperación (“Protocolo”) en el marco del proceso de consulta acorde al Convenio 169 de la OIT, para la aprobación del proyecto de transmisión eléctrica de Maitencillo a Caserones, que atraviesa los sectores territoriales de la comunidad denominados Retamal, Estancilla, Estancia y Ramadilla.

El Protocolo plasma el consentimiento de la comunidad para la ejecución e implementación del tendido eléctrico, considerando medidas de mitigación durante la etapa de construcción en estricto apego a lo establecido en el EIA y en la RCA que aprobó el proyecto. Igualmente, establece que las labores de mantenimiento del servicio de suministro eléctrico deberán ser monitoreadas por la comunidad y la empresa a través de una mesa técnica, desde la etapa de construcción de la línea eléctrica hasta el cierre de la mina.

Además, se establecen medidas de compensación consistentes en la implementación de un Plan Especial de Desarrollo Estratégico de la Comunidad Colla de Río Jorquera y sus afluentes, que incluye innovación tecnológica y energética, desarrollo productivo, capacitación y formación de capacidades para la prestación de servicios a la minería, desarrollo cultural y fortalecimiento de la cosmovisión del Pueblo Colla, y monitoreo y promoción ambiental y cultural, que incluye capacitación indígena a los trabajadores que participarán en la construcción y mantenimiento de la línea eléctrica.

El Protocolo suscrito entre Pan Pacific y las comunidades considera como territorio afectado una gran extensión de terreno por cuanto una de las características de las comunidades Colla es su movilidad, “por la búsqueda de pastizales en sus circuitos de trashumancia ganadera, el desarrollo de actividades de arrieraje y abastecimiento de productos para las actividades mineras o urbanas, y el enrolamiento como peones de minas”²³. En este contexto, es interesante destacar que ambas partes se comprometen a gestionar y patrocinar la postulación de la comunidad como Reserva de la Biosfera en el contexto del Resguardo Territorial Ancestral de este Ecosistema.

Finalmente, la principal lección que deja el caso del Proyecto Caserones es que una consulta temprana y oportuna a las comunidades permite tomar mejores decisiones en el diseño del proyecto, aún antes de ingresar al SEIA.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La finalidad y el espíritu de la consulta es la intención genuina de lograr el consentimiento de las medidas propuestas, lo que también implica una actitud de diálogo y voluntad de considerar los planteamientos de los pueblos indígenas. Así, la consulta debe asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en un proceso que debe tener por finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de un proyecto.

Si bien la consulta es un deber del Estado, sus resultados afectarán directamente a las comunidades y a los titulares de los proyectos, por lo que este proceso de consulta se enriquece cuando todas las partes sostienen un diálogo permanente y honesto. Por otra parte, aunque se entienda que el deber de consulta se satisface adecuadamente cuando el Estado lo realiza, o intenta realizarlo, de acuerdo a los estándares establecidos en el Convenio 169, lo recomendable es que exista una participación efectiva de las comunidades indígenas, porque de lo contrario si bien habrá legalidad en el proceso de consulta, su legitimidad podría ser cuestionada.

En Chile, son dos los organismos públicos con mayor incidencia en el desarrollo de la consulta indígena: la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y el Servicio de Evaluación Ambiental. Podemos señalar que si bien la CONADI es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, es el SEA a quien le corresponde fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos.

Así, son ambos servicios públicos los que tendrán la responsabilidad principal en la ejecución del principio establecido en la Ley sobre bases generales del Medio Ambiente que establece el deber del Estado de facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas.

Desde un punto de vista regulatorio, la reciente aprobación y entrada en vigencia del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, complementado por un Instructivo del SEA, incorpora una serie de disposiciones que buscan definir los requisitos jurídicos o técnicos que es necesario considerar como criterios de afectación de un proyecto a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas; asegurar la participación informada de las comunidades en el proceso de calificación ambiental de un

■ ■
Es importante destacar que uno de los planeamientos comunes que escuchamos en los encuentros con las comunidades es la necesidad de contar con consultores independientes.

■ ■

proyecto; y, propiciar instancias de encuentro entre el titular y la comunidad.

Al respecto, es importante destacar que uno de los planteamientos comunes que escuchamos en los encuentros con las comunidades es la necesidad de contar con consultores independientes que las apoyen en la revisión de los Estudios de Impacto Ambiental por cuanto normalmente contienen conceptos técnicos que no siempre son fáciles de comprender, lo que vulnera la disposición reglamentaria de que estas actividades deberán realizarse oportunamente en un lenguaje sencillo, directo y de fácil comprensión para la comunidad. Consideramos que éste es una materia que el Estado debiera atender, en cuanto responsable del deber de consulta previa.

En consideración a que estamos frente a un marco legal y regulatorio en proceso de implementación, han sido relevantes los criterios entregados por la jurisprudencia en relación deber de consulta a las comunidades indígenas. En esta materia, la Corte Suprema ha tenido dos posiciones en el tiempo: (i) La obligación de consulta a que se refiere el Convenio 169, se entiende satisfecha cuando tratándose de un Estudio de Impacto Ambiental, se genera el proceso de participación ciudadana establecido en la LBGMA; y (ii) La obligación de consulta se genera en un proceso especial referido a los pueblos indígenas, independiente del proceso de participación ciudadana establecido en la LBGMA.

El nuevo Reglamento SEIA es consistente con esta segunda posición jurisprudencial, ya que incorpora la consulta indígena como un proceso distinto al de la participación ciudadana que actualmente se realiza en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Además de cumplir con los estándares que fija el Convenio 169, los mecanismos de consulta deberán ser acorde a la cultura y características de cada comunidad indígena.

La revisión de los procesos de consulta previa en curso, además de aquellos analizados anteriormente y que fueron realizados en ausencia de un marco regulatorio claro (Lobo Marte y Pan Pacific), nos permite concluir que aún en ausencia de un marco regulatorio claro, sí es posible llevar adelante procesos de consulta previa que cumplan con los estándares del Convenio 169.

Finalmente, es necesario señalar que si bien las confianzas mutuas y la relación previa entre empresas y comunidades contribuye a desarrollar procesos de consulta más participativos y simétricos, Chile tiene un gran desafío en el fortalecimiento de la institucionalidad requerida para cumplir satisfactoriamente con el deber de consulta previa a los pueblos indígenas, ya que el rol del Estado en esta materia es fundamental e indelegable.

■ REFERENCIAS

- 1 ANAYA, JAMES. Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile.
- 2 Caso GB.303/19/7.
- 3 Rol 1050, Considerando 14º.
- 4 ANAYA, JAMES. El Deber Estatal de Consulta a los Pueblos Indígenas dentro del Derecho Internacional.
- 5 Artículo 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.
- 6 Artículo 6, numeral 1, letra a): Los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.
- 7 Consejo de Derechos Humanos ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafo 51.
- 8 “Análisis de las Implicancias, para el Desarrollo del Sector Energía en Generación y Transmisión, de la Aplicación de la Normativa nacional e Internacional Específica, así como el Cumplimiento de Convenios como el OIT 169”. Informe elaborado por Deuman para el Ministerio de Energía (2013).
- 9 A lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas.
- 10 GUZMÁN ROSEN, RODRIGO. Derecho Ambiental Chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión. Editorial Planeta Sostenible, 2012, Santiago, Chile.
- 11 Caso Parque Eólico Chiloé, Considerando 5º. En el mismo sentido, Considerando 5º de la misma Corte, contenido en el caso referido al Plan Regulador Comunal de San Pedro de Atacama.
- 12 Caso Parque Eólico Chiloé, Considerando 8º.
- 13 YAÑEZ FUENZALIDA, NANCY; MOLINA OTÁROLA, RAUL. La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile. Lom Ediciones, 2008, Santiago, Chile.