



## **Consulta Indígena y proyectos de inversión: El caso del proyecto de agua potable en la comunidad mapuche Ramón Chincalef**

En primer lugar, se presentan antecedentes generales respecto a la implementación de la consulta indígena y su relación con los proyectos de inversión en el país. La ratificación por parte del Estado de Chile del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, obliga al país a la implementación directa del artículo 6º, N° 1, letra a) del Convenio en relación con el deber del Estado de realizar una consulta respecto de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

En segundo lugar se describe el caso de la comunidad mapuche Ramón Chincalef, del sector de Pucura, Panguipulli, quien presentó un recurso de protección en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas de la Región de Los Ríos, la cual aprobó un proyecto de agua potable rural (APR) en territorios de la comunidad indígena sin realizar la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

### **I. La consulta indígena y los proyectos de inversión**

La ratificación por parte del Estado de Chile del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, obliga al país a la implementación directa del artículo 6º, N° 1, letra a) del Convenio en relación con el deber del Estado de realizar una consulta respecto de medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas<sup>1</sup>.

El espíritu de una Consulta es la participación informada y libre de los pueblos indígenas en relación a medidas que los afecten. Además, busca reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a través de un proceso de diálogo para considerar su opinión sobre diferentes temáticas que los afecten de manera directa, lo que permitirá establecer un nuevo trato entre los pueblos indígenas y el Estado<sup>2</sup>.

En función de la determinación adoptada por el Tribunal Constitucional, según la cual dicha disposición es autoejecutable y, por tanto, directamente aplicable por parte de los organismos de la Administración del Estado, la Corte Suprema ha acogido numerosos recursos de protección contra proyectos de inversión que se han aprobado infringiendo el deber de consultar<sup>3</sup>.

Ante esta situación, el gobierno anterior promulgó el Decreto Supremo N° 66 que regula el Procedimiento de Consulta Indígena y establece un nuevo Reglamento de Consulta Indígena, con la intención de aclarar procedimientos en lo que respecta a la obligatoriedad de consultar a las comunidades indígenas por parte del Estado<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441> (Septiembre 2014)

<sup>2</sup> Disponible en: <http://www.consultaindigena.gob.cl/> (Septiembre 2014)

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional. Considerando 7º, Sentencia Rol N° 309 del 04 de agosto de 2000. Disponible en: <http://bcn.cl/1n0rq> (Septiembre 2014)

<sup>4</sup> Decreto Supremo N° 66 de 15 de noviembre de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, que Aprueba el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en virtud del Artículo 6 N° 1 Letra A) y N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica.

Según Gonzalo Parot Hillmer, "la vigencia de este nuevo Reglamento no ha logrado disipar las dudas respecto a su implementación práctica, por cuanto el anterior Reglamento cayó en desuso y ha sido denunciado ampliamente como una restricción de los derechos otorgados por el Convenio N° 169. El nuevo Reglamento es producto de un proceso de "consulta de la consulta", en que el Ministerio de Desarrollo Social realizó varias "mesas de consenso" con representantes de pueblos indígenas durante el año 2013, generando propuestas y contrapropuestas que dieron lugar a un documento definitivo. Del resultado, lo que puede resultar más conflictivo es la aplicación de criterios para determinar las medidas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas"<sup>5</sup>.

En el caso de los proyectos de inversión que ingresan al SEIA, el Reglamento de Consulta Indígena traspasa al Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el desarrollo específico de la consulta indígena.

Específicamente, el Decreto Supremo N° 40 de 30 de octubre de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente -que aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental- en el artículo 85 establece que se deberá desarrollar un procedimiento de consulta indígena "...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, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas..."<sup>6</sup>.

De esta manera, la consulta es obligatoria en el caso que se verifique la necesidad de presentar un Estudio de Impacto Ambiental, adaptando el proceso de participación ciudadana a las distintas etapas establecidas en el Reglamento.

No obstante lo anterior, según el mismo Parot "los procesos de consulta indígena iniciados a la fecha han tenido un curso paralelo a la participación ciudadana del SEIA y no se sustentan en el Reglamento –a pesar de la norma transitoria que debiera hacerlo regir in actum, homologando las etapas de los actuales procesos en curso<sup>7</sup>–, en tanto se hace referencia a las normas autoejecutables del Convenio N° 169 y se dispone consensuar el procedimiento de consulta con los representantes de los pueblos indígenas cuyos miembros pueden ser objeto de afectación directa"<sup>8</sup>.

Respecto a proyectos que no ingresan al SEIA –o de medidas administrativas ajenas al SEIA, como podrían ser las concesiones de diverso orden– según Parot "el inciso 3° del artículo 7° del Reglamento requiere un cruce entre dos criterios. Por una parte, la afectación directa se debe verificar sobre los pueblos indígenas "en su calidad de tales"<sup>9</sup>; y, asimismo, dicha afectación se debe verificar a propósito de actos formales, que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita el ejercicio de un margen de discrecionalidad que habilite al órgano para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento. En caso de dudas por parte del organismo que dicta la medida, se podrá realizar una consulta de procedencia de la consulta indígena, ante la Unidad de Coordinación de Asuntos Indígena del Ministerio de Desarrollo Social, quien evaluará si se verifican ambos criterios (artículo 13 del Reglamento)"<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Gonzalo Parot Hillmer. La procedencia de la Consulta Indígena Disponible en: <http://bcn.cl/1n0rt> (Septiembre 2014)

<sup>6</sup> Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1053563> (Septiembre 2014)

<sup>7</sup> De acuerdo con el artículo único transitorio del Reglamento de Consulta Indígena, en relación con los procesos de consulta ya en desarrollo –lo que incluye también los del SEIA–, "los procesos ya iniciados deberán homologar la etapa en que se encuentren a la etapa que corresponda".

<sup>8</sup> Disponible en: <http://bcn.cl/1n0r5> (Septiembre 2014)

<sup>9</sup> Se entienden como tales, las medidas que afecten el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

<sup>10</sup> Disponible en: <http://bcn.cl/1n0r5> (Septiembre 2014)

## II. El caso del proyecto de agua potable en la comunidad mapuche Ramón Chincalef, Panguipulli

El año 2013 la comunidad mapuche Ramón Chincalef, del sector de Pucura, Panguipulli presentó un recurso de protección en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Obras Públicas de la Región de Los Ríos, *la cual aprobó un proyecto de agua potable rural (APR) en territorios de la comunidad indígena sin realizar la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*<sup>11</sup>.

La comunidad indígena consideró que la aprobación resultaba arbitraria e ilegal debido a que se procedió sin la información necesaria para la comunidad y en violación de los deberes de consulta y participación establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT, vulnerándose así sus garantías constitucionales, en específico, las del debido proceso y del derecho de propiedad<sup>12</sup>.

La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso, declarando que no se dio cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 66 de 15 de noviembre de 2013, publicado en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2014, que aprueba el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena.

Sin embargo, en fallo unánime, los ministros de la Tercera Sala del máximo tribunal Héctor Carreño, Pedro Pierry, Rosa Egnem y María Eugenia Sandoval; además del abogado integrante Emilio Pfeffer, revocaron la decisión de la Corte de Apelaciones de Valdivia que había acogido el recurso de protección presentado por la comunidad mapuche Ramón Chincalef<sup>13</sup>.

En su fallo, la Corte Suprema estableció que “dado que el proyecto en cuestión afecta en forma directa a los recurrentes, se efectuó un procedimiento de Consulta Indígena, según se da cuenta detalladamente en los documentos rolantes desde fojas 25 a 145, en el que éstos tuvieron participación activa, siendo incluso una de las recurrentes, María Cristina Higuera Chincolef, electa como vicepresidenta del nuevo Comité de Agua Potable Rural Ko Winkul, Pucura, en asamblea de 05 de noviembre de 2013, conforme se desprende del certificado que se lee a fojas 32” y que “conforme a lo establecido en el Decreto Supremo N°124 de 2009 del Ministerio de Planificación vigente a la sazón, la consulta tenía por objeto la información de los pueblos indígenas y la recepción de observaciones respecto del proyecto, requisitos que se cumplieron”<sup>14</sup>.

De esta manera, la Corte Suprema concluyó que no se pudo acreditar en el obrar de la SEREMI de Obras Públicas la existencia de alguna ilegalidad o arbitrariedad que afectara las garantías constitucionales de la comunidad indígena Ramón Chincalef. En cuanto al Decreto Supremo N° 66, la Corte Suprema declaró que “a la fecha de interposición del recurso y a la de emisión del fallo éste no se encontraba vigente”<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Disponible en: <http://bcn.cl/1n0pn> (Septiembre 2014)

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Disponible en: <http://bcn.cl/1n0qz> (Septiembre 2014)

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Disponible en: <http://bcn.cl/1n0pn> (Septiembre 2014)