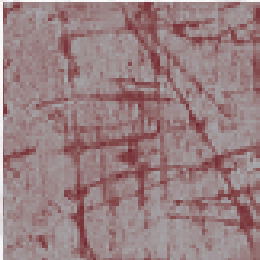
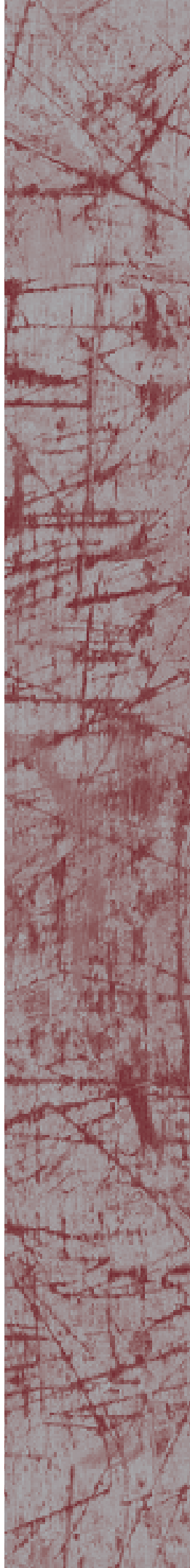


Territorios y derechos humanos

5

1. Derechos de los pueblos indígenas: territorios y consulta previa
 2. Derecho a un medioambiente libre de contaminación: zonas de sacrificio e institucionalidad ambiental
- 



DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: TERRITORIOS Y CONSULTA PREVIA



Fotografía: Federico Aguirre



DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: TERRITORIOS Y CONSULTA PREVIA

ANTECEDENTES

En el transcurso del año, nuevamente han ocurrido hechos de violencia en el sur del país incluyendo afectaciones a la propiedad pública y privada¹, en el contexto del conflicto intercultural entre el Estado e integrantes del pueblo mapuche. Tanto las recientes muertes violentas de José Quintriqueo Huaquimil², y de Víctor Manuel Mendoza Collío³, ambos comuneros mapuche, así como las graves lesiones provocadas a funcionarios de la policía uniformada, uno de los cuales corre el riesgo de perder la visión de uno de sus ojos como consecuencia de perdigones⁴, renuevan de manera urgente la necesidad de abordar las respuestas a un conflicto que recrudece y que no encuentra vías de solución.

1 Ejemplo de ello es la quema de seis camiones y de un cargador frontal la madrugada del 11 de enero de 2014, en el sector Los Notros a la altura del kilómetro 7 de la Ruta S40, en el tramo que une Carahue y Nueva Imperial, en la zona costera de La Araucanía (Radio Biobío, 2014). Otro hecho fue el incendio que afectó la madrugada del 12 de agosto de 2014 a un predio del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA) en Carillanca, en el sector rural ubicado entre Cajón y Vilecún, en la región de La Araucanía (La Segunda, 2014).

2 Deceso ocurrido al interior del fundo Nilpe en circunstancias que un grupo de 20 comuneros mapuche aproximadamente, que reivindican la propiedad del fundo, procedieron a ocuparlo. Uno de los trabajadores del predio atropelló a uno de los manifestantes identificado como José Mauricio Quintriqueo Huaquimil (32 años) con un tractor, provocándole la muerte (La Tercera, 2014).

3 Víctor Mendoza Collío, lonko de la comunidad Manuel Pillán de Er-cilla, falleció el 29 de octubre de 2014 como consecuencia del disparo realizado en su domicilio por desconocidos. La víctima era primo de Jaime Mendoza Collío quien falleció como consecuencia de disparos de carabineros hace cinco años (Radio Universidad de Chile, 2014).

4 Hechos ocurridos el día 4 de octubre de 2014 en el kilómetro 30 de la Ruta P-70 que une Cañete con Tirúa, por el que la Intendencia Regional del Biobío interpuso en el Juzgado de Garantía de Cañete una querrela por los delitos de: desordenes públicos, maltrato de obra a personal de carabineros en ejercicio de sus funciones; porte ilegal de armas de fuego, daños y atentado a la Ley N° 12.927 sobre seguridad interior del Estado, con fecha 7 de octubre de 2014. Dicha querrela da cuenta de lesiones de diversa consideración de siete funcionarios, el más grave de los cuales, de iniciales LJJ presentaba perdigones en cara, cuello, tórax, extremidades superiores y hueco ocular izquierdo. Juzgado de Garantía de Cañete. RUC N° 1410032373-8 RIT N° 1269-2014.

Esta es una realidad que ha sido constatada desde diversas instancias internacionales de derechos humanos, las que desde la especificidad de sus atribuciones han llamado reiteradamente al Estado a encarar esta situación y buscar alternativas concertadas con los pueblos indígenas que permitan superar el actual momento. En el período que cubre este informe, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁵; el Comité de Derechos Humanos⁶; el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo⁷, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR–⁸; el Examen Periódico Universal⁹; en el campo del Sistema de Naciones Unidas, y la Corte IDH¹⁰ en el ámbito del Sistema Interamericano, han destacado que la situación de violencia que se experimenta particularmente en el sur del país, tiene antecedentes en una compleja relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile, uno de cuyos fundamentos es la persistencia de demandas insatisfechas o inadecuadamente abordadas desde el Estado. Para mayor abundamiento, en

5 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013).

6 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile 111° período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014.

7 Ben Emmerson. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/25/59/Add.2. 14 de abril de 2014.

8 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.103/III(1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014.

9 Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. A/HRC/26/5. 2 de abril de 2014.

10 Corte IDH. Caso Norín Catrimán y Otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Párr. 182.

mayo, la Corte IDH dio a conocer la sentencia en el llamado Caso Lonkos en que el Estado fue condenado¹¹.

Las respuestas del Estado en estas materias han sido insatisfactorias, no solo para los integrantes de los pueblos indígenas, sino también para empresarios, agricultores (pequeños y medianos), y otros actores no indígenas, quienes con impotencia y desazón viven la experiencia cotidiana de una convivencia interétnica deteriorada.

Especial preocupación para el INDH ha sido la situación de vulneración de los derechos de niños y niñas indígenas, quienes en sus comunidades han debido enfrentar las consecuencias de este conflicto. En 2014, el INDH ha interpuesto cuatro acciones de amparo a favor de niños y niñas por el uso desproporcionado de la fuerza pública, incluidos casos de niños y niñas heridos con perdigones. Tres de estas acciones de amparo han sido acogidas y se suman a otros siete fallos favorables recaídos en recursos interpuestos por la Defensoría Penal Pública y el INDH desde diciembre de 2011¹².

El INDH constata con preocupación que, a pesar de los reiterados emplazamientos efectuados por los tribunales superiores de justicia en orden a que la policía adecúe sus procedimientos, y de los propios esfuerzos institucionales por actualizar y corregir sus protocolos de intervención, los que fueron puestos a disposición pública en agosto de 2014, persisten prácticas vinculadas al uso desproporcionado de la fuerza que tienen graves secuelas en la integridad física y psíquica de niños y niñas indígenas.

El llamado a iniciar un diálogo con miras a construir un nuevo tipo de relaciones con los pueblos indígenas, en particular con el pueblo mapuche, ha sido transversal y expresa un consenso que debe ser relevado. Lo señaló en marzo de este año, al momento de asumir su cargo, el Intendente Regional, Sr. Francisco Huenchumilla, quien junto con pedir perdón a nombre del Estado por el despojo del que fue objeto el pueblo mapuche, solicitó imprimir un cambio de rumbo que asuma la deuda histórica con ese pueblo (TVN, 2014).

11 Ver en este Informe el apartado titulado “Institucionalidad democrática”. Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. El Estado de Chile fue condenado porque al momento de investigar y determinar las responsabilidades en el juicio que siguió en contra de integrantes del pueblo mapuche, violó, entre otros derechos, el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección en el caso concreto, en el contexto de la aplicación de la Ley 18.314 que determina y sanciona conductas terroristas (Parte resolutive de la sentencia). Otros derechos que la Corte IDH estima violados son: el derecho de la defensa de interrogar testigos el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; a la libertad personal, la libertad de pensamiento y de expresión; los derechos políticos, a el derecho a la protección a la familia.

12 Causa radicada en la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, autos Rol Reforma Procesal Penal N° 982-2013, acumulada con Reforma Procesal Penal Rol N° 997-2013. El viernes 1 de noviembre de 2013, en la comunidad de Chechenco, comuna de Ercilla, entre cuatro y cinco funcionarios de la prefectura de Malleco ingresaron al predio de doña BRML sin exhibir orden judicial. De acuerdo con los testimonios aportados, los policías ingresaron violentamente y efectuaron un número indeterminado de disparos de escopeta, resultando lesionadas las niñas DMM (11 años); RMM (16 años) y SAMM (19 años) y el niño MMS (15 años). La Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco con fecha 31 de enero de 2014 resolvió que la actuación policial se ha efectuado de manera desproporcionada. A juicio de la Corte los funcionarios afectaron derechos y garantías de niños y niñas que como consecuencia de esta actuación resultaron lesionados constituyendo ello un detrimento a la libertad personal y seguridad individual (Considerando décimo tercero). Carabineros se desistió de la apelación y se confirmó en la Corte Suprema ROL N° 5276-14 de Temucui, a bordo de vehículos blindados. Tanto a pie como desde los vehículos efectuaron múltiples disparos, sin justificación alguna, provocando alarma entre alumnos y profesores que se encontraban

en la Escuela. La Corte de Apelaciones de Temuco en los autos ROL reforma procesal penal N° 1022-13, de fecha 1 de febrero de 2014, resolvió desechar los recursos intentados a favor de 11 niños y niñas de entre cinco y 11 años. La Corte Suprema confirmó la sentencia (ROL N° 4226-2014), el 20 de febrero de 2014. La tercera causa involucra nuevamente a niños y niñas de la Escuela de Temucui. El día 22 de mayo de 2014, en el marco de una reunión del centro de padres y apoderados con el Alcalde de la comuna de Ercilla, ingresaron a la comunidad alrededor de 15 vehículos de la policía, entre blindados, buses, carros celulares y una tanqueta. Estos se estacionan en las cercanías de la Escuela. La Directiva del Centro de Padres integrada solo por mujeres, decidió requerir explicaciones de carabineros, pero a medio camino fueron repelidas con gases lacrimógenos que provenían desde el interior de uno de los vehículos blindados, expelidos en forma de “chorro” en dirección a ellas. La Escuela, con 46 niños, entre cuatro y 16 años de edad, se vio afectada. La Corte de Apelaciones de Temuco en los autos ROL N° 569-2014, con fecha 26 de agosto de 2014 resolvió acoger la acción de amparo, señalando que la actuación de carabineros vulneró los derechos a la libertad personal y seguridad individual de los niños y niñas. La Corte Suprema Rol N° 23.832-2014 con fecha 10 de septiembre de 2014 confirmó la sentencia apelada. Por último, el INDH dedujo acción de amparo por hechos ocurridos el 1 de octubre de 2014, en el contexto de un proceso de ocupación impulsado por la Comunidad mapuche huilliche, Marriao Colihuinca en el fundo Lumaco Bajo. Dicha acción fue repelida por un contingente de carabineros. Una niña de 10 años y un niño de 12 años grabaron el procedimiento policial. De acuerdo con los testimonios, en esos momentos funcionarios de carabineros se dirigieron directamente contra los niños, de forma muy violenta, los obligaron a tirarse al suelo y a entregar los artefactos mencionados. La niña fue apuntada con un arma de servicio de un funcionario de carabineros. En estas condiciones los niños fueron esposados. Luego fueron llevados a la Comisaría de Río Bueno, se les constató lesiones, donde se confirmó que el niño tenía lesiones leves. Con fecha 21 de octubre de 2014 la Corte de Apelaciones de Valdivia, ROL N° 203-2014, acogió la acción de amparo deducida.

El 21 de julio de 2014, el Consejo del INDH hizo entrega a la Presidenta de la República de una propuesta donde exhortaba al Poder Ejecutivo a emprender un proceso de diálogo de alto nivel entre representantes de los pueblos indígenas y el Estado en Chile, orientado a superar la coyuntura con un enfoque a corto, mediano y largo plazo, y a establecer las bases para una nueva convivencia intercultural en el país, que supere, o al menos contribuya a manejar de mejor manera, los conflictos que hoy existen. En esta propuesta, el INDH sugirió que su convocatoria fuese realizada por el Estado, y dada su relevancia, por la Presidenta de la República. Además se propuso que este incluyera la participación de representantes de la más alta jerarquía de los distintos poderes del Estado, así como de los pueblos indígenas, por medio de las instituciones representativas que estos definieran; y además, que se establecieran mecanismos que posibilitaran la contribución de los diferentes sectores de la sociedad chilena a este diálogo. En cuanto a sus contenidos, se planteó que fuesen los participantes los que los definieran, precisando que no debía haber temas excluidos. Se identificaron a modo de sugerencia, entre otros temas a tratar en este diálogo, el estatus y características del reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución Política del Estado, los derechos de participación de estos pueblos en el Estado, los espacios para su autonomía, los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, y el derecho a definir sus propias prioridades en materia de desarrollo.

En septiembre de 2014, por su parte, los senadores Alberto Espina y José García Ruminot hicieron pública su propuesta de “Acuerdo por la Paz Social en La Araucanía”. El documento advierte acerca del desconocimiento histórico de la condición multicultural de la Región que representan y la necesidad de iniciar la búsqueda de soluciones basadas en el diálogo, el respeto y la buena fe (Espina & García, 2014, pág. 3).

El INDH es consciente de las dificultades y desafíos que supone hacerse cargo de un debate público en torno a las respuestas adecuadas frente a un tema de esta complejidad. Sin embargo, considera que no puede haber más dilaciones en comenzar a transitar ese camino. Se trata de un diálogo difícil que no solo deberá abordar las brechas de inequidad social, pobreza y marginalidad que padecen vastos sectores de los pueblos originarios, sino responder al reclamo

por el reconocimiento y protección de la propiedad ancestral sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y que deberá pronunciarse sobre los diseños institucionales que garanticen la participación efectiva de los pueblos indígenas, en la adopción de medidas que sean susceptibles de afectarlos directamente y también que se haga cargo de las necesidades de justicia y seguridad y, eventualmente, de las compensaciones para los actores no indígenas. En última instancia, un diálogo que se proponga establecer las bases para una nueva convivencia intercultural en el país. El derecho internacional de los derechos humanos ofrece un marco de apoyo en esta senda.

Un diálogo de estas características también supone retos a los pueblos indígenas. Existe, en este sentido, la necesidad de que ellos identifiquen y definan autónomamente sus propias instituciones representativas, con el fin de dialogar con el Estado. Ello es condición sin la cual no es posible concertar acuerdos duraderos, legítimos y justos.

El presente apartado aborda un aspecto de la relación de los pueblos originarios y el Estado referido a los derechos territoriales. El acceso y garantía al derecho de propiedad sobre las tierras y los territorios, incluidos los de ocupación ancestral, así como a los derechos sobre los recursos naturales que hay en ellos, constituyen un desafío que el Estado no ha sido capaz de resolver de manera satisfactoria, a pesar de los esfuerzos normativos, de institucionalidad y de inversión pública. Este tema subyace a la relación de conflicto que el Estado mantiene con los pueblos indígenas. Si bien existe un consenso en orden a responder a la demanda indígena que reclama la restitución de las tierras usurpadas, no existe el mismo nivel de acuerdo acerca del alcance de dicha política de restitución, ni del modelo a seguir, el que hasta la fecha ha seguido una lógica que ha desatendido la especial relación que envuelve el territorio para los pueblos indígenas, en cuanto condición de supervivencia y fundamento para el ejercicio y goce de otros derechos fundamentales —religiosos, culturales, a la identidad, el desarrollo y la autodeterminación—. Los marcos normativos vigentes y la institucionalidad responsable de encarar esta política de restitución, ha mostrado signos de ineficacia y agotamiento, incluidas acusaciones de corrupción que ponen en evidencia la obsolescencia del principal organismo encargado de impulsar la política pública en estas materias.

En segundo lugar, este apartado aborda el derecho a la consulta previa, en atención a que esta obligación representa una herramienta fundamental con el fin de garantizar el ejercicio y goce de los derechos que les asiste a los pueblos originarios.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Prácticamente todos los mecanismos de protección y procedimientos especiales de derechos humanos –tanto a nivel del Sistema Universal como en el ámbito del Sistema Interamericano– que han tenido la oportunidad de revisar la situación de los pueblos indígenas en Chile, han advertido los déficits que el Estado exhibe en relación con el respeto y garantía de los derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales.

Dichos derechos y obligaciones encuentran la principal fuente de obligaciones en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, debido a su carácter de tratado internacional. Este instrumento se ha visto complementado con otras fuentes que, aunque de diversa naturaleza y jerarquía normativa, representan los desarrollos interpretativos o bien los consensos políticos básicos que la comunidad de naciones ha sido capaz de alcanzar. Dentro de estas fuentes se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; una vasta jurisprudencia de la Corte IDH asentada en la interpretación evolutiva y extensiva de las normas de derechos humanos de los instrumentos interamericanos; las observaciones de los órganos de control de tratados, en especial del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT –CEACR– y los informes y pronunciamientos de los procedimientos especiales de Naciones Unidas, en particular la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

Específicamente el Convenio 169 establece que es deber del Estado respetar la especial relación que los pueblos indígenas tienen con las tierras o territorios “o con ambos,

según, los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera (...)”¹³. La protección de esta relación supone garantizar en última instancia la supervivencia de dichos pueblos, en atención a que los modos de vida, creencias, tradiciones y normas basadas en sus costumbres, están fundadas en este especial vínculo¹⁴.

De esta obligación general de protección emanan un conjunto de derechos y obligaciones a las que se debe sujetar la acción del Estado. La primera de estas es la de reconocer legalmente y ofrecer certeza jurídica al derecho de propiedad de que son titulares los pueblos indígenas, sobre sus tierras. El Convenio 169 lo señala expresamente en los siguientes términos: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”¹⁵. El instrumento sostiene que la utilización del término ‘tierras’, en relación con los recursos naturales presentes, como al consentimiento previo, libre e informado que se requiere ante proyectos de inversión que requieran del traslado y reubicación de esos pueblos, y el derecho de retornar a sus tierras tradicionales (art. 15 y 16 del Convenio), “[d]eberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”¹⁶. Esto implica que la protección que mandata el instrumento, en relación con los recursos presentes en dichas tierras, abarca no solo la ocupación material de aquellos espacios físicos efectivamente ocupados, sino que incluye el uso y ocupación del entorno vinculado a su tradición cultural¹⁷.

Este derecho de propiedad sobre las tierras está revestido de ciertas notas distintivas que lo diferencian de la concepción clásica del dominio, referidas a su fundamento, su naturaleza y la extensión de sus contenidos y atributos. En

13 Convenio 169, art. 13.1.

14 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 135. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena *Sawohoyamaxa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 118.

15 Convenio 169, art. 14.1.

16 *Ibidem*, art. 13.2.

17 Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

primer lugar, su fundamento no descansa en la existencia de un título o registro oficial del Estado, sino en la ocupación y el uso tradicional que de las tierras y territorios han hecho o hacen los pueblos indígenas¹⁸. En tanto se erige este derecho sobre el uso y la ocupación histórica, los derechos territoriales de los pueblos indígenas existen aún sin que exista un título inscrito¹⁹.

En segundo término, este derecho posee una dimensión individual y también colectiva, en relación con la necesidad de resguardar la propiedad comunitaria y otras formas tradicionales de posesión y dominio. Esta naturaleza colectiva ha sido destacada por la jurisprudencia de la Corte IDH, la que ha señalado que “[e]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad”²⁰. Para el órgano interamericano, “[e]sta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”²¹.

18 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación Perú, 2003, párr. 7. En: Organización Internacional del Trabajo (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica. Ginebra, 2009, pág. 94. Ver también: Corte IDH Sentencia Caso *Awas Tingni* vs. Nicaragua, 2001, párr.151 y Corte IDH, Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 112.

19 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 128.

20 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 149.

21 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 120. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 87. El artículo 21 de la Convención reconoce el derecho de propiedad privada al disponer:

Por último, y en atención a los fundamentos en que descansa este derecho, se extiende el mismo no solo a aquellas tierras que actualmente ocupan, sino a aquellas que habiéndoles pertenecido, no poseen u ocupan actualmente. Se trata de las tierras antiguas o ancestrales. La Corte IDH ha dicho “[l]os miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe [Caso en el cual] (...) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”²².

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que no obstante las dificultades que representa para los ordenamientos jurídicos la adopción de procedimientos adecuados para reconocer la ocupación tradicional como fuente del derecho de propiedad y posesión, ello es la “piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. Así, si bien el concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional, no es menos cierto que debe ser aplicado”²³.

Reconocido el derecho de propiedad indígena en dichos términos, pesa sobre el Estado la obligación de ofrecer seguridad y estabilidad jurídica a los derechos de propiedad

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

22 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya* vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

23 Conferencia Internacional del Trabajo. Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, 2009, pág. 742.

territorial de que son titulares estos pueblos. El Convenio 169 dispone a este respecto que se “[d]eberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”²⁴. Ello exige adoptar en el ordenamiento interno “[l]as medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad (...) acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta [comunidad indígena]”²⁵, incluida la de ofrecer protección efectiva frente a ataques de terceros²⁶.

En opinión de la Comisión IDH se lesionaría la seguridad y la estabilidad jurídica de las tierras “[c]uando la ley no garantiza la inalienabilidad de las tierras comunales y permite a las comunidades su libre disposición, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas”²⁷, agregando que, “[p]ara evitar esto, algunos de los Estados Partes de la OEA han elaborado mecanismos jurídicos especiales de protección para las tierras y territorios indígenas, como el reconocimiento de las garantías jurídicas de indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas”²⁸.

Específicamente en relación con la capacidad de enajenación (venta), y por tanto, de transferencia de tierras indígenas a terceros, el Convenio 169 de la OIT dispone que “[d]eberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad” (Art. 17 N° 2). Si bien no existe en los estándares una prohibición de la enajenación, no obstante, la OIT recuerda que la primera obligación de los Estados es respetar y garantizar “[l]a importancia especial que para

las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (art. 13. 1), para advertir que, “[l]a experiencia de la OIT con los pueblos indígenas y tribales demuestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, acaban perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando conservan sus tierras en comunidad”²⁹.

Satisfacer adecuadamente la obligación de reconocer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos sobre las tierras que no usan u ocupan de forma efectiva, pero cuyo dominio reivindican, implica, dados los patrones históricos de ocupación y colonización, enfrentar conflictos de intereses y derechos con terceros poseedores de buena fe, quienes cuentan con títulos inscritos de larga data. Ante este conflicto entre propietarios particulares y pueblos indígenas (ambos amparados por el derecho de propiedad), el Convenio 169 obliga al Estado a dotarse de “[p]rocedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar la reivindicación de tierras formuladas por los pueblos interesados”³⁰.

Será por tanto necesario, en aras de respetar y garantizar los derechos de las partes involucradas, que el Estado diseñe instrumentos normativos y mecanismos para determinar qué tierras son las que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión³¹ basados en los estándares descritos. Al mismo tiempo, el Estado deberá ponderar, sobre la base de que el derecho de propiedad indígena y el de propiedad privada particular son derechos que pueden

24 Convenio 169 Art. 14.2.

25 Corte IDH. caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni* vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 138.

26 Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Párr. 123.

27 *Ibidem*. Párr. 89.

28 *Ibidem*.

29 OIT. El Consejo de Administración adoptó el informe del Comité Tripartito. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), 1998, párr. 26.

30 Convenio 169 OIT, art. 14.3.

31 *Ibidem*, art. 14.2.

reconocer limitaciones, ejercicio que deberá cumplir ciertas condiciones: las restricciones de derechos deberán ser establecidas por ley, y ser necesarias, proporcionales y dotadas de una finalidad orientada a lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática³². Ante la colisión de derechos, dicha ponderación deberá hacerse caso a caso, y tomar en cuenta que: (i) al desconocer el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus territorios, “se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”³³; y que (ii) “Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros”³⁴.

NORMAS Y POLÍTICA DE TIERRAS INDÍGENAS EN CHILE

La Constitución Política de la República no hace ninguna referencia a los pueblos indígenas, ni a sus derechos territoriales, y por lo mismo, no refleja la condición multicultural del Estado y la sociedad.

Los mecanismos que el Estado ha utilizado desde el año 1993 destinados a la regularización de estos derechos son los que ofrece la Ley 19.253, que establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante ley indígena). La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena –CONADI– es el órgano responsable de la política de tierras indígenas, con el mandato de ofrecer protección y garantizar su acceso y ampliación. Tiene a su cargo un Registro Público, el que está integrado por aquellas tierras que son reconocidas en esa calidad por el Estado³⁵.

Se trata de tierras que actualmente ocupan, en propiedad o posesión, comunidades o personas indígenas y que tengan por antecedente algún título reconocido por el Estado³⁶. En segundo lugar, la integran aquellas tierras que han poseído y ocupado históricamente, comunidades o personas indígenas, a condición de que se encuentren debidamente inscritas en el registro de tierras de CONADI. También constituyen tierras indígenas aquellas cedidas por el Estado a personas o comunidades indígenas, y las que en el futuro los tribunales de justicia declaren como tales.

Para los pueblos del Norte Grande y de los valles transversales (aymara, colla, quechua, atacameño –en adelante likana antay– y diaguita) la ley establece para efectos de saneamiento y constitución de la propiedad indígena, la obligación de salvaguardar el dominio sobre las “[t]ierras patrimoniales de propiedad de varias comunidades indígenas, tales como, pastizales, bofedales, cerros, vegas, y otros de uso del ganado auquénido”³⁷. En relación con esta disposición y en virtud de lo establecido en el artículo 3 transitorio de la ley indígena, la CONADI, junto con el Ministerio de Bienes Nacionales, tenían la obligación, dentro del plazo de tres años desde que entrara en vigencia la ley (1993), de realizar un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y likana antay, incluidas aquellas tierras de carácter ‘patrimonial’³⁸.

Una de las consecuencias del reconocimiento de la condición indígena de la propiedad de la tierra es que la ley limita

36 El Art. 12 de la Ley 19.253 establece los diversos títulos que el Estado reconoce. Estos títulos se pueden agrupar en dos tipos: a) títulos históricos de reconocimiento de la propiedad indígena. Son los Títulos de Comisario y los Títulos de Merced. Los primeros nacidos de las leyes de 1823 que facultan al Intendente de Valdivia a entregar a los caciques de La Unión, Remehue, Pilmaiquen, Lago Ranco y San Juan de la Costa, principalmente entre los años 1824 y 1848, títulos de reconocimiento de propiedad. Estos fueron “[i]nstrumentos en virtud de los cuales las familias huilliches ya no solo tendrán la posesión material de sus tierras sino que ahora, junto a ella, obtendrán el reconocimiento legal del dominio y la posibilidad de reclamar un derecho ancestral (...) (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 449). Los Títulos de Merced derivados de las leyes de radicación de 1866-1874 y 1883, corresponden a aquellos proporcionados por el Estado una vez consumada la radicación, en la provincia de Arauco; b) Un segundo grupo de títulos, se pueden integrar por las cesiones gratuitas efectuadas por ley o normas de rango legal como las nacidas del proceso de Reforma Agraria.

37 Ley 19.253 art. 63.c.

38 El INDH examinó la situación de las tierras y territorios del pueblo likana antay, en el Informe Misión de Observación Alto el Loa, aprobado el 7 de abril de 2014, por el Consejo del INDH en la sesión 199, pág. 9 y siguientes, disponible en www.indh.cl.

32 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 144.

33 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 147.

34 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 149.

35 Ley 19.253 art. 39 letras e, f y g.

el derecho de dominio, en términos de establecer prohibiciones y restricciones. De esta manera la ley expresamente señala que las tierras declaradas indígenas, “por exigirlo el interés nacional”³⁹, no podrán ser vendidas, ni adquiridas por haberse poseído en el tiempo, salvo entre personas de un mismo pueblo. Se podrán ofrecer en garantía siempre que cuenten con la autorización previa de CONADI, y jamás podrá este gravamen alcanzar “[l]a casa habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia”⁴⁰. Se limita la capacidad de disposición, al prohibirse que las tierras de propiedad de comunidades puedan arrendarse o ser cedidas a terceros. Si esas tierras son de propiedad de una persona indígena, pueden ser arrendadas pero por un plazo que no supere los cinco años y se podrán intercambiar (permutar) por otras tierras no indígenas, siempre previa autorización de la CONADI. El diseño normativo pretende por esta vía proteger la propiedad indígena.

No obstante estas limitaciones, la propiedad comunitaria originada de títulos de merced podrá ser dividida a solicitud de la mayoría absoluta de sus titulares⁴¹. Esta posibilidad de división de los títulos indígenas, por lo menos en relación con las tierras mapuche, ha estado presente en la legislación dictada por el Estado desde los inicios de la República (Lipschutz, 1956, pág. 144), y durante “todo el siglo XX se discutirá permanentemente acerca de la división de las comunidades mapuches. El debate será entre los partidarios de mantener la propiedad comunitaria y los partidarios de dividirla y formar pequeñas propiedades privadas, que se puedan vender” (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 416)⁴².

Este escenario se complejiza aún más en la medida en que las propias comunidades, estos es, los sujetos titulares del derecho de propiedad comunitaria, pueden subdividirse para constituir nuevas comunidades indígenas⁴³ con un mínimo de diez integrantes, impactando con nuevas demandas de restitución o ampliación.

MECANISMOS PARA LA DETERMINACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS⁴⁴

Subsidios individuales y a comunidades:
Art. 20 letra A de la Ley Indígena

La política de tierras indígenas desde 1993 se lleva a cabo por conducto del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de CONADI, que cuenta con dos instrumentos fundamentales orientados a garantizar el acceso y ampliación de tierras.

El primero de estos instrumentos (Art. 20 letra A de la ley indígena) consiste en el otorgamiento de subsidios dirigidos a personas o comunidades indígenas⁴⁵. Este subsidio corresponde a un aporte estatal directo, sin cargo de restitución, destinado a la adquisición de tierras. Se accede al mismo mediante un sistema de postulación (concursos anuales). El monto máximo al que asciende este subsidio es de 20 millones de pesos. La CONADI informó que desde la entrada en vigencia de este subsidio, en el año 1995 hasta el año 2014, ha organizado un total de 14 concursos.

Por concepto de subsidios individuales se han adquirido un total de 21.325,2 hectáreas, lo que ha significado una inversión pública de 33.732 millones de pesos.

39 Ley 19.253 art. 13.

40 Ibídem.

41 Ibídem, art. 16.

42 Ejemplo de estas tensiones es la legislación de 1927 que tiene por objeto dividir las comunidades indígenas, lo que fue alentado por la organización indígena mapuche de principios del siglo XX, Sociedad Caupolicán Defensora de La Araucanía, por estimar que ello beneficiaría a los indígenas. En la década del 30 se dictó legislación que tiende a la indivisibilidad y la prohibición de enajenación. Con la Dictación del Decreto Ley 2.568 de 1978, reemplazado por el DL 2.750 de 1979, se promueve el pleno acceso a la propiedad individual mediante la entrega de títulos de dominio. De acuerdo con datos de la Comisión de Verdad y Nuevo Trato, entre los años “1979 y 1988 se dividieron 2.918 comunidades mapuche dando lugar a la creación de 73.444 hijuelas con un total de 519.257 hectáreas” (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 417).

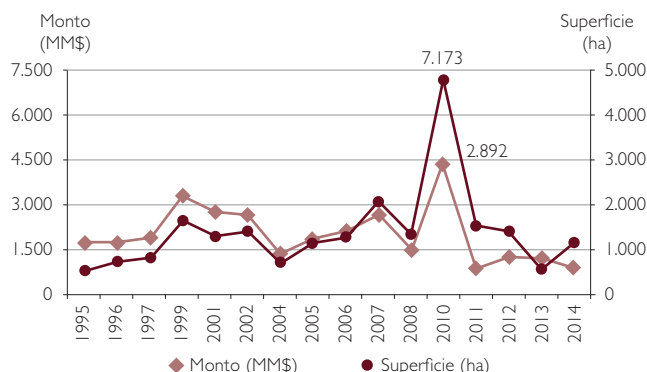
Esta legislación estableció una prohibición por 20 años para que “las hijuelas resultantes de la división pudieran entrar al mercado de tierras. Sin esta cláusula, lo más probable, es que hoy en día el conflicto sería mayor. A pesar de dicha cláusula, igualmente se produjo el despojo de las tierras mapuche con un artilugio legal contemplado en los denominados ‘arriendos a 99 años’, mediante este arreglo, muchos mapuches perdieron sus tierras” (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 417)

43 Ley 19.253 Art. 10.

44 Toda la información relativa a tierras y montos, contenidas en el presente apartado fue proporcionada por CONADI mediante Ordinario N° 926 de 17 de octubre de 2014. Dicha información, a requerimiento del INDH, fue validada por dicha institución, el 10 de noviembre de 2014.

45 Se regula por el DS. N° 395 del Ministerio de Planificación y Cooperación que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, publicado en el Diario Oficial, el 17 de mayo de 1994.

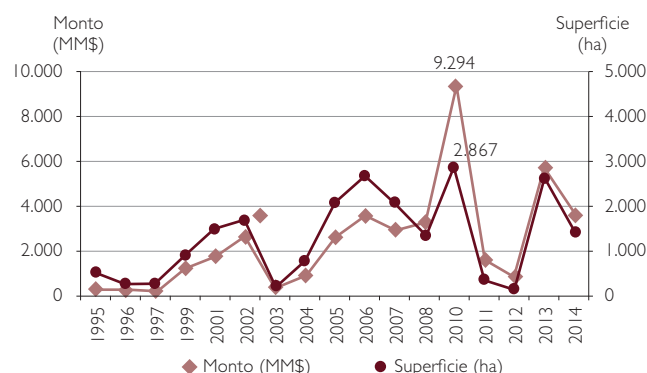
MONTO Y SUPERFICIE TOTAL DE TIERRAS ADQUIRIDAS POR BENEFICIARIOS INDIVIDUALES MEDIANTE SUBSIDIO (ART. 20 LETRA A), ENTRE LOS AÑOS 1995 Y 2014



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

Como se puede apreciar la curva sigue una tendencia que expresa un incremento del presupuesto en el tiempo, y una disminución de la superficie adquirida. El año 2010 se verifica una cota que destaca en términos de dineros invertidos y hectáreas adquiridas; ello pudiera explicarse por cuanto el año 2009 hubo inejecución del presupuesto de CONADI en esta materia.

MONTO Y SUPERFICIE TOTAL DE TIERRAS ADQUIRIDAS POR COMUNIDADES INDÍGENAS BENEFICIARIAS MEDIANTE SUBSIDIO (ART. 20 LETRA A), ENTRE LOS AÑOS 1995 Y 2014



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

A este subsidio, como ha sido señalado (sea individual o a comunidades, o parte de comunidades), se postula mediante concurso. La brecha que existe entre postulación versus adjudicación para los últimos tres concursos correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014, es la siguiente:

POSTULANTES ART. 20 A)	TOTAL	ADJUDICADOS	% ADJUDICADOS
Individuales	30.031	968	3,2%
Comunidades	619	157	25,4%
Total	30.650 postulaciones	1.125	3,7%

Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

De acuerdo con la información proporcionada por CONADI, el año 2014 (concurso 14) postularon 12.266 personas al subsidio individual, adjudicándose 284 personas.

MECANISMO PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS DE TIERRAS: ART. 20 LETRA B DE LA LEY INDÍGENA

El segundo de los instrumentos diseñados en la ley indígena corresponde a un mecanismo orientado a solucionar, total o parcialmente, conflictos por la propiedad de la tierra entre un particular y comunidades indígenas y se encuentra contemplado en el artículo 20 letra b) de la ley indígena (CONADI, 2014). Dicho artículo dispone que mediante el Fondo de Tierras la CONADI podrá cumplir con el objetivo de: "Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas".

Algunos de los conflictos de tierras a los que se orienta resolver este mecanismo están asociados, a las diferencias de superficie que eventualmente existan entre los Títulos de Merced u otro, y la superficie efectivamente poseída en la actualidad por la comunidad; igualmente se pretende encarar los problemas derivados de las restituciones verificadas en el marco de la reforma agraria (1964-1973) y revertidas por

la dictadura. Otros problemas que eventualmente aborda el mecanismo son los casos de tierras que fueron transferidas a terceros por resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales, y en las que se alega un vicio por parte de la comunidad. Otro caso que se puede abordar es el referido a las tierras de ocupación histórica o reciente que no cuentan con un título inscrito a su favor⁴⁶.

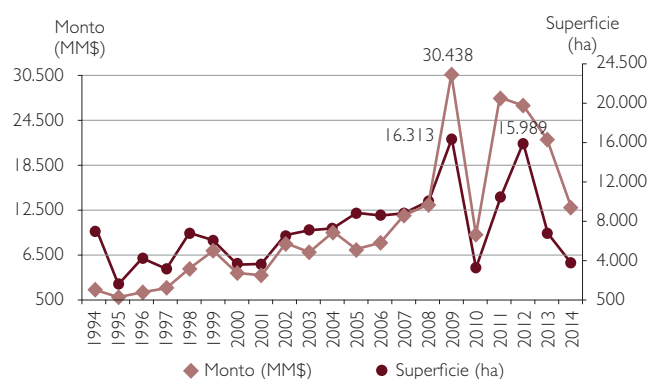
Este mecanismo de solución se otorga previo informe jurídico, social y ocupacional (referido a la ocupación del bien raíz), también conocido como informe de 'aplicabilidad'. Se trata de un pronunciamiento de factibilidad sustentado en los antecedentes y títulos expuestos por la comunidad. El acto administrativo, en términos generales, contempla que la comunidad, una vez declarada la aplicabilidad, designe tres predios posibles a ser adquiridos, realizándose sobre ellos la tasación, estudios agronómicos y topográficos. El proceso contempla una negociación para la compra del predio que culmina, y de prosperar las negociaciones, la dictación de una resolución que aprueba la compra y que —de concretarse— se inscribe en el Registro de Bienes Raíces respectivo en el Registro de Tierras Indígenas de CONADI. La autoridad responsable para la asignación del mecanismo y la compra del predio es el/la Director/a Nacional, quien en esta materia actúa en mérito de criterios prioritarios establecidos en el Reglamento, consistentes en el número de personas o comunidades involucradas; la gravedad de las situaciones sociales que afectan a los peticionarios/as y la antigüedad del problema⁴⁷.

CONADI informa que a octubre de 2014 existen 158 comunidades con resolución de aplicabilidad sin solución. En un caso, la espera de esta respuesta ha demorado 17 años

sin que hasta la fecha se obtenga una solución satisfactoria⁴⁸. Todas corresponden a comunidades mapuche de las cuales 142 están radicadas en la Región de La Araucanía; cinco en la Región del Biobío; cuatro en la región de Los Lagos y siete en la Región de Los Ríos.

Desde el año 1994 al año 2014, mediante la implementación de este mecanismo, se han adquirido un total de 147.733 hectáreas, invirtiéndose en ello la suma de 217.936 millones de pesos.

MONTO Y SUPERFICIE TOTAL DE TIERRAS ADQUIRIDAS POR COMUNIDADES INDÍGENAS MEDIANTE SUBSIDIO (ART. 20 LETRA B), ENTRE LOS AÑOS 1994 Y 2014



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

La evolución de la inversión sigue un patrón ascendente, distinguiéndose con mayor nitidez el menor rendimiento de los dineros invertidos en relación con las hectáreas adquiridas.

Este mecanismo ha beneficiado principalmente a comunidades mapuche conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

46 La CONADI en 1999 establecía una tipología de territorios en conflicto: Las tierras tipo A corresponden a las relacionadas con los Títulos de Merced o de Comisario, la Tipo B, a las referidas a la Reforma Agraria. Las tipo C a las tierras perdidas por las cesiones o asignaciones realizadas por el Estado, las tipo D las ocupadas sin título. Ver: (CONADI (b), 1999, pág. 4)

47 DS N° 395 del Ministerio de Planificación y Cooperación que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, publicado en el Diario Oficial, el 17 de mayo de 1994, art. 6.

48 Se trata de la Comunidad Juana Nahuelpi Viuda de Guaiquil, Comuna Los Sauces, Región de La Araucanía, fecha de solicitud 17 de noviembre de 1997. Cuatro comunidades desde el año 1998 esperan una respuesta: Se trata de las Comunidades: Chanco Cacique Bartolo Nahuelpan, de la comuna de Lumaco; Mercedes Llanca viuda de Ancaten, de la Comuna de Lautaro; Fernando Catrion, de la Comuna de Freire y Pedro Huenchulao, comuna de Victoria, todas de la Región de La Araucanía. Conadi Ordinario.

ASIGNACIONES DE TIERRAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR APLICACIÓN DEL ART. 20 LETRA B DE LA LEY INDÍGENA

PUEBLO INDÍGENA	SUPERFICIE (HA)	PORCENTAJE DE SUPERFICIE (%)	MONTO (MM\$)	PORCENTAJE DE MONTO (%)
Atacameño	38,0	0,03%	320,0	0,15%
Aymara	86,4	0,06%	20,7	0,01%
Colla	711,7	0,48%	190,0	0,09%
Kawaskar	310,5	0,21%	22,6	0,01%
Mapuche	146.585,9	99,22%	217.375,2	99,74%
Rapa Nui	1,0	0,001%	7,0	0,003%
TOTAL	147.733,5	100%	217.935,6	100%

Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

SANEAMIENTO A LA PROPIEDAD IRREGULAR Y TRANSFERENCIA DE INMUEBLE FISCALES

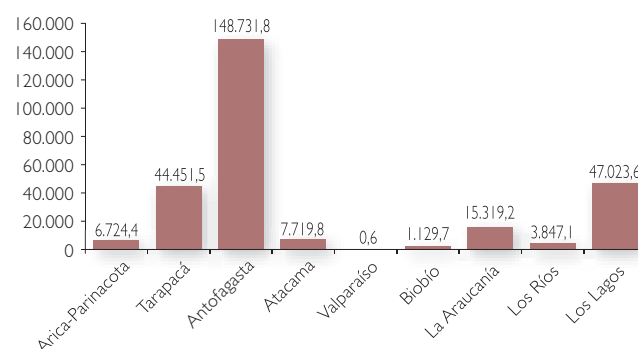
Junto a los subsidios y mecanismo descrito, desde la entrada en vigencia de la ley indígena, se han implementado sistemas destinados al saneamiento de la propiedad irregular y a la transferencia de inmuebles fiscales a favor de personas y comunidades indígenas. Se trata básicamente de dos mecanismos.

- Transferencia de predios fiscales: Este mecanismo está dirigido a comunidades o familias que ocupan actualmente u ocuparon históricamente tierras que están en propiedad del Fisco. La Conadi, previa solicitud, realiza los trámites ante el Ministerio de Bienes Nacionales. Desde el año 1995 al año 2012, Conadi informa que se han transferido un total de 274.948 hectáreas, beneficiándose mayoritariamente por este concepto al pueblo likan anatay (atacameño) y aymara. Entre los inmuebles fiscales transferidos hay un total de 361 cementerios indígenas (Ministerio de Bienes Nacionales, 2014).

Ello recibe explicación en razón de dos factores: el primero es de naturaleza histórica y el segundo de carácter normativo. El primero es consecuencia del patrón de ocupación que ha significado que desde la incorporación del norte grande, finalizada la guerra del Pacífico (1883), sea el Fisco el que tome posesión de estos territorios. En el orden normativo, el art. 3 transitorio de la ley indígena dispone que Conadi en conjunto

con el Ministerio de Bienes Nacionales, tienen el mandato de elaborar un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la I y II regiones.

TRANSFERENCIA DE INMUEBLES FISCALES (HECTÁREAS) POR REGIÓN, PERÍODO 1995-2012



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

Otra situación especial es la referida a la transferencia de propiedad fiscal para el pueblo rapa nui a cargo del Ministerio de Bienes Nacionales. En el año 2000, este Ministerio desarrolló la primera etapa del Plan de Restitución de Tierras. Consistió en la entrega de 199 parcelas de 5 hectáreas a favor de miembros del pueblo rapa nui, mediante el otorgamiento de títulos de dominio, lo que implicó un total aproximado de 1.400 hectáreas. Por medio de este programa fueron desafectadas fundamentalmente tierras del Parque Nacional Rapa Nui y del Fundo Vaitea. Las autoridades de la época comprometieron una segunda etapa para responder a la demanda insatisfecha de 1.200 solicitudes catastrada hasta el año 2006, y que hasta el día de hoy no encuentran una respuesta⁴⁹.

- Saneamiento de la propiedad irregular indígena. Por medio de este mecanismo se regulariza la propiedad anteriormente reconocidas a indígenas, pero que se

⁴⁹ Subsecretario de Bienes Nacionales. Ordinario N° 000139 de 5 de marzo de 2014. Desde el año 1966 es el Ministerio de Bienes Nacionales que administra y registra estas tierras. El Ministerio ha ideado la ejecución de una segunda etapa de restitución a base del "Plan de Restitución de Tierras del Fundo Vaitea". Se llevó a cabo un proceso de consulta previa por parte del Ministerio para el loteo de 1.051 hectáreas en 262 parcelas agrícolas de 2,5 hectáreas cada una. El 26 de enero de 2014 se realizó un plebiscito según preguntas determinadas. 391 personas rapa nui votaron en este proceso. El 53% de estos expresaron su rechazo al proyecto de loteo propuesto.

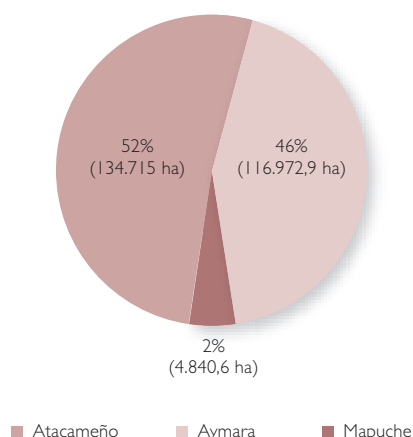
encuentra en situación jurídica precaria (sin título de dominio inscrito). No hay por lo tanto, adquisición de nuevas tierras para personas o comunidades indígenas, no obstante ofrece certidumbre jurídica a los titulares que ocupan predios no regularizados.

De acuerdo con lo informado por CONADI, desde el año 2000 al año 2012 se han saneado 256.528,5 hectáreas, que han beneficiado a 2.066 personas. Estas políticas se han focalizado en los pueblos del extremo norte del territorio nacional –pueblo likana antay y aymara–.

PUEBLO INDÍGENA	TOTAL HECTÁREAS	DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL
Atacameño	134.715,0	52,5%
Aymara	116.972,9	45,6%
Mapuche	4.840,6	1,9%
TOTAL	256.528,5	

Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, octubre 2014.

DISTRIBUCIÓN DE SANEAMIENTO DE TIERRAS POR PUEBLO, ENTRE LOS AÑOS 2000 Y 2012



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

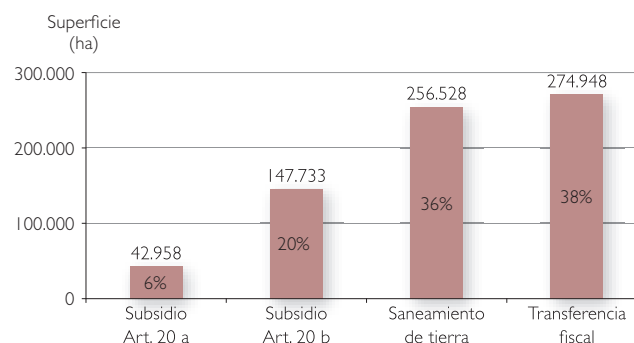
Como se puede apreciar y aun cuando se trata de instrumentos diversos (subsídios, mecanismo y transferencias de bienes fiscales/saneamiento de la propiedad irregular) algunos orientados a ampliar las tierras indígenas (caso del subsidio del art. 20 letra a)) y a restituir tierras que se encuentran en conflicto (caso del art. 20 letra b)), o bien de traspasar tierras fiscales a título gratuito o proporcionar

certeza jurídica mediante su saneamiento, se puede señalar que el total de tierras determinadas basándose en la aplicación de todos estos instrumentos es de 722.167 hectáreas, conforme se puede apreciar en el siguiente cuadro:

MEDICIÓN DE BENEFICIOS	INSTRUMENTO DE DETERMINACIÓN DE TIERRAS				
	SUBSIDIO ART. 20 A	SUBSIDIO ART. 20 B	SANEAMIENTO DE TIERRAS	TRANSFERENCIA FISCAL	TOTAL
Superficie (ha)	42.958	147.733	256.528	274.948	722.167
Cantidad de Personas/Familias Beneficiadas	5.033	-	2.066	18.361	25.460
Cantidad de Comunidades Beneficiadas	269	631	-	-	900
Monto Inversión (MM\$)	74.591	217.936	-	-	292.527

Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, noviembre 2014.

INSTRUMENTOS DE DETERMINACIÓN DE TIERRAS (HECTÁREAS) A PUEBLOS INDÍGENAS 1994-2014⁽¹⁾



Fuente: Elaboración propia INDH a partir de datos proporcionados por CONADI, octubre 2014.

Nota: (1) El saneamiento de tierras abarca los años 2000 a 2012.

APROXIMACIÓN A UNA EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE TIERRAS

El Estado de Chile, de acuerdo con la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, no ha sido capaz de adecuar las políticas de reconocimiento y determinación de tierras a los estándares expuestos, afirmando dicha instancia de control, que no se está cumpliendo

con el Convenio en esta materia. La CEACR, en este marco, formuló un llamado al Estado para que en la próxima memoria informe sobre la necesaria adecuación del mecanismo interno de regularización de tierras y territorios de conformidad a lo estipulado en el Convenio 169⁵⁰.

La preocupación por la inexistencia en la legislación nacional de mecanismos que posibiliten la restitución de tierras de ocupación tradicional ha sido sostenida por diversas instancias internacionales de derechos humanos. Así el anterior Relator Especial para la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, manifestó el año 2009 su preocupación por la inexistencia de un mecanismo en la ley para el reconocimiento de los derechos a la tierra o a los recursos naturales en base a la ocupación ancestral indígena conforme a previas recomendaciones y al derecho internacional sobre la materia⁵¹.

Más recientemente, el 2014, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó una preocupación similar al observar que “[e]l mecanismo de compra de tierras para las comunidades indígenas es todavía insuficiente para garantizar el derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”⁵². Al respecto recomienda al Estado que “[r]edoble sus esfuerzos encaminados para garantizar el pleno derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”⁵³.

En el caso de las tierras patrimoniales de los pueblos indígenas likana antay (cuenca alta del río Loa, por el norte, hasta el volcán Lullaillaco, por el sur) cabe valorar los esfuerzos impulsados por el Estado para identificar y delimitar dichas tierras. Como se constata en el Informe de Misión del INDH al Alto Loa (2014), de acuerdo con información pública dada a conocer por la Dirección General de Obras Públicas, la superficie total reconocida como de ocupación y uso ancestral indígena en la II región es de 2.342.442,9 hectáreas (Dirección General de Obras Públicas, 2012, pág. 23). No obstante, la información entregada por CONADI da cuenta de que al 2014, 211.973,9 hectáreas se han transferido en propiedad a las comunidades, una cifra muy baja de tierras, utilizándose mecanismos como las concesiones de uso⁵⁴ para dotar de tierras a las comunidades, contraviniendo el estándar del Convenio 169 que establece que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”⁵⁵.

El enfoque de restitución y delimitación de tierras indígenas se ha caracterizado por su lentitud, y en relación con una de las herramientas utilizadas para la adquisición de tierras en conflicto (art. 20 lera b), se ha constatado por la propia CONADI que ha favorecido prácticas especulativas, alejándose del estándar consistente en la aplicación de modelos orientados a garantizar y proteger dichas tierras, en tanto espacios sin los cuales no se concibe la supervivencia de los pueblos originarios. En efecto la CONADI advertía en 1999 la distorsión que han provocado las prácticas especulativas en el mercado de las tierras indígenas. La institución señalaba sobre la existencia de especuladores en el mercado de tierras en la IX región, que “la acción de estos encarece más las tierras (...)” detectando “[a]lgunas alianzas entre comunidades indígenas, dueños de fundos y especuladores de tierras, [lo que ha] conformando un círculo vicioso de

50 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.103/III(1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014.

51 James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe sobre su visita de trabajo a Chile, los días 5 al 9 de abril de 2009, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009, párr.54 “El Relator Especial Anaya enfatiza la necesidad de que el Estado desarrolle un máximo de esfuerzos en la adecuación de sus políticas públicas y de la legislación sectorial, de tierras, aguas, geotermia, y medio ambiente, entre otras, para su compatibilidad con el Convenio N° 169 de la OIT, y las obligaciones internacionales del Estado respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, el Relator Especial recomienda reformar los procedimientos existentes del Fondo de Tierras y Aguas para adecuarlo a las normas contemporáneas de reconocimiento y restitución de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos de ocupación y uso tradicional o ancestral, especialmente a la luz de la reciente ratificación por parte de Chile del Convenio N° 169”.

52 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 111º período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014, párr. 10.

53 Ibidem.

54 Efectivamente dentro de la cifra de 211.973,9 hectáreas transferidas hay una parte de ellas correspondientes a concesiones de uso gratuito sobre predios fiscales. Sin embargo, esta modalidad no transfiere ni reconoce o determina propiedad indígena. En este rubro 65.103 hectáreas han sido concedidas bajo esta modalidad en las regiones de Tarapacá (1.733,6 hectáreas) y Antofagasta (63.369, 5 hectáreas).

55 Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes N° 169 de la OIT. Art. 14. N° 2.

especulación y encarecimiento de las tierras de lamentables consecuencias para el presupuesto de la CONADI. (...)” (CONADI (b), 1999, pág. 8).

Ello ha redundado en un incremento significativo del valor pagado por las tierras por CONADI por medio de estos mecanismos, estimándose que en las zonas de conflicto que involucran al pueblo mapuche entre los años 1994 y 2009 dicho aumento de precios alcanzó a un 826% (Libertad y Desarrollo, 2010).

Lo dicho hace parte de un diagnóstico que la CONADI ha hecho propio y, no obstante dicha lectura, no es posible advertir variaciones significativas en las políticas impulsadas por los sucesivos gobiernos para superar esta situación. Se requiere, por tanto, de diseños normativos que contemplen alternativas de restitución bajo los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe señalar que como una manera de evitar esta realidad de especulación en el valor del mercado de las tierras indígenas, originadas en títulos propietarios otorgados en el pasado por el Estado que se encontrasen en propiedad de particulares, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, propuso que, cuando no se lograra la conciliación para su restitución, debía considerarse la aplicación del mecanismo de la expropiación mediante legislación especial, conforme a criterios de utilidad pública e interés nacional (Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003) (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, pág. 577).

El INDH por su parte señaló en el informe anual 2011, que “[c]onsidera necesaria una legislación que establezca mecanismos que garanticen la restitución de tierras tradicionales indígenas, según entiende por ellas el derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto y respecto de tierras en posesión de terceros, dicha legislación debe contemplar, entre otros mecanismos, las causales de expropiación que permitan la restitución eficaz de las tierras indígenas que estén inscritas a nombre de terceros, con la correspondiente compensación a favor de estos. Respecto de tierras que estén a nombre del fisco, la legislación debe contemplar el expreso reconocimiento de la propiedad indígena sobre ellas, determinando modos y plazos para su delimitación e inscripción a nombre de sus titulares indíge-

nas, estableciendo garantías judiciales efectivas para su restitución, delimitación e inscripción, incluyendo causales de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento. La legislación en este sentido debe salvaguardar el derecho de los pueblos a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Esta legislación debe ser resultado de un proceso donde los pueblos indígenas hayan tenido oportunidad de participar y ser consultados desde su elaboración hasta su promulgación” (INDH, 2011, pág. 44). Es necesario, no obstante, que los eventuales procesos de expropiación estén enmarcados dentro de una política clara y consistente, y que no sean acciones aisladas, con el fin de contribuir a la construcción de una política en este ámbito, que alcance a todos los actores involucrados en este tema.

Otros de los problemas relevados es que no se tiene certeza de la demanda insatisfecha en relación con las tierras y territorios indígenas. Existe la obligación del Estado de cuantificar este requerimiento en la medida que pesa la necesidad de reconocer y determinar el derecho de propiedad sobre las tierras indígenas⁵⁶. Esto representa un desafío para el Estado y requerirá de un diálogo político con los pueblos indígenas con el fin de precisar este aspecto fundamental, que subyace en la configuración del conflicto por las tierras indígenas. Es necesario, en este sentido, dotarse de un catastro de tierras según el cual sostener una política de Estado que permita avanzar en soluciones justas y duraderas.

Por último, es necesario señalar que respecto de la CONADI pesan acusaciones sobre falta a la probidad en el manejo de los recursos destinados a solucionar los problemas de tierras.

⁵⁶ Resulta preocupante que CONADI no cuente con estudios o investigaciones actualizadas sobre este punto. Aparte del estudio elaborado en el año 2003 por el Centro EULA de la Universidad de Concepción, actualizado al año 2009 para las provincias de Arauco, Malleco, Cautín y Valdivia no hay otras investigaciones. Ver: Exposición ante la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados del ex-Ministro Coordinador para asuntos indígenas, Sr. José Antonio Viera-Gallo. En el caso de las estimaciones de la demanda insatisfecha de tierras por parte de comunidades mapuche, estas solo toman en consideración las tierras que fueron reconocidas a ellas por el Estado mediante títulos propietarios (Títulos de Merced; Títulos de Comisario; o Potreros Realengo), y no considera las demandas por las tierras de ocupación tradicional, que son mayores. El otro estudio que existe es el Informe; “Delimitación de territorios comunitarios y patrimoniales indígenas de las Provincia del Loa y Patrones de Ocupación” elaborado por la consultora privada Datura (1998).

Exfuncionarios/as de la institución han sido involucrados/as en hechos de corrupción que, conforme a los antecedentes públicos, comprometen parte del erario y del patrimonio del Fondo de Tierras. De acuerdo con la información proporcionada a la Cámara de Diputados por la actual administración de CONADI, en procesos de fiscalización internos se ha detectado el desvío de 10 mil millones de pesos, lo que motivó la creación de una Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados el 2 de julio de 2014 “respecto de la compra de tierras para personas indígenas, comunidades indígenas o parte de estas, realizadas entre los años 2011 y 2013”⁵⁷. Los hechos descritos, de acuerdo con estos antecedentes, configurarían delitos que fueron puestos en conocimiento del Ministerio Público. A estas investigaciones cabe sumar la instrucción de sumarios internos⁵⁸ y pronunciamientos de la Contraloría General de la República⁵⁹ que ciernen de dudas la probidad y eficacia del principal órgano responsable de la política de tierras en el país.

EL DEBER DE CONSULTA PREVIA

LA REGULACIÓN INTERNA AL DEBER DE CONSULTA PREVIA

Otro tema que ha concitado preocupación se relaciona con las presiones derivadas de la intervención de proyectos de inversión que pudieran impactar los modos de vida de los pueblos indígenas. Esta es una realidad que afecta a todos los pueblos indígenas en el país. Las comunidades likana antay, los diaguitas, los habitantes originarios de rapa nui, las comunidades mapuche en el sur del país, han tenido que enfrentar los efectos en sus territorios, de proyectos que estiman, amenazan no solo sus manifestaciones culturales y religiosas, sino su supervivencia en tanto pueblos. Así, proyectos mineros, hidroeléctricos, y de empresas forestales que cuentan

con subsidios del Estado⁶⁰, han construido su infraestructura productiva en tierras que los pueblos indígenas reivindican como propias. Dichas comunidades observan con impotencia una legislación sectorial (de minería, de geotermia, de bosques entre otras,) que no los considera ni reconoce sus derechos. El INDH ha señalado que la satisfacción de las necesidades productivas del país no puede hacerse a costa de la negación de los derechos de los pueblos indígenas⁶¹.

Una de las herramientas que provee el derecho internacional de los derechos humanos para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, entre otros, a la integridad e identidad cultural, y los derechos al territorio y los recursos naturales, es el de la consulta previa, libre e informada. El INDH ha sostenido en reiteradas oportunidades que el establecimiento de procedimientos adecuados que garanticen la participación efectiva de los pueblos indígenas, en aquellos asuntos susceptibles de afectarlos directamente, requiere asumir como primera condición, que hay una realidad multicultural que reclama reconocimiento y respeto⁶².

El Estado se ha dotado de dos instrumentos destinados a institucionalizar el deber de consulta previa. El primero corresponde al Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, contenido en el Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente que entró en vigencia en diciembre de 2013⁶³. El segundo instrumento corresponde al Decreto Supremo N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, publicado en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2014

57 Cámara de Diputados. Oficio N° 11.351 de 2 de julio de 2014.

58 Conadi. Resolución exenta N° 1779. Ordena instruir sumario sobre hechos que indica. De 4 de diciembre de 2009.

59 Contraloría General N° de Dictamen 72355 de 7 de noviembre de 2013, por el que el Director de CONADI solicita reconsideración de las observaciones contenidas en el Informe de Investigación Especial N° 39, de 2012, de la Contraloría Regional de La Araucanía, sobre eventuales irregularidades en el proceso de selección del “13° Concurso Subsidio para la Adquisición de Tierras para Indígenas”, año 2011.

60 Ejemplo de estos subsidios lo representa el Decreto Ley 701 publicado el 28 de octubre de 1974, que fija el régimen legal de los terrenos forestales o preferentemente aptos para la forestación, y establece normas de fomento sobre la materia. Al alero de esta norma se promueven las inversiones forestales en el sur del país y la instalación de la industria maderera fundada en la plantación y explotación de eucaliptus y pinos. Ver art. Artículo 21 “Durante el plazo de 10 años, el Estado bonificará en un 75% de su valor la forestación y su manejo que realicen a partir de la fecha del presente decreto ley, tanto las personas naturales como las personas jurídicas”.

61 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, pág. 4.

62 Informe en Derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de abril de 2014-Sesión 201.

63 Ministerio del Medio Ambiente. Decreto Supremo N° 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Publicado en el Diario Oficial de 12 de agosto de 2013. Entrada en vigencia 24 de diciembre de 2013.

que “regula el Procedimiento de Consulta Indígena contemplado en el Convenio N° 169 de la OIT”. El mismo fue el fruto de un largo proceso, realizado durante la administración pasada, y deroga el primer intento que el Estado hizo por regular este deber –Decreto 124 de MIDEPLAN–, que concitaba un amplio rechazo por rebajar los estándares internacionales en esta materia.

Ambos instrumentos tanto en lo que dice relación con el proceso de adopción, como en cuanto al contenido que fijan, han sido analizados por el INDH⁶⁴. El Instituto ha expresado públicamente su valoración a los esfuerzos desplegados tanto por la autoridad ambiental como por el Poder Ejecutivo en orden a dotarse de instrumentos que proporcionen certeza jurídica en relación con los procedimientos de consulta previa. Ha sostenido sin embargo que “[e]n atención a que ciertos actores relevantes de los pueblos indígenas se marginaron de este proceso, el INDH considera que el esfuerzo desplegado debe entenderse como una primera etapa de un proceso que debe ser más inclusivo y participativo, y permitir restituir el diálogo sobre materias en torno a las cuales aún no existe consenso” (INDH, 2013c).

Si bien resulta complejo hacer una evaluación de la reglamentación sobre el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa a pocos meses de su entrada en vigencia, es posible decir que su aplicación no ha estado exenta de problemas y críticas por parte de sectores indígenas y otros actores⁶⁵.

El INDH, en este marco, estima que deben desarrollarse esfuerzos adicionales por revisar, con la participación y consulta de los pueblos indígenas los instrumentos referidos. Ello a objeto de lograr reglamentos que conciten mayores grados de aceptación de los pueblos indígenas. Ello es

consistente con las recomendaciones formuladas por los órganos de control de tratados que en el transcurso del año 2014 formularon recomendaciones precisas en torno a esta materia. Así el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que el Estado debe establecer un “[m]ecanismo 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”⁶⁶.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT pidió al gobierno de Chile “[q]ue informe a la Oficina sobre la entrada en vigencia del nuevo reglamento sobre la consulta. La Comisión solicita al Gobierno que en su próxima memoria presente informaciones que permitan examinar la manera en que la nueva legislación asegura la efectiva consulta de los pueblos indígenas en todas las medidas susceptibles de afectarles directamente y da pleno efecto a las disposiciones correspondientes de los artículos 6, 15 y 16 del Convenio”⁶⁷.

En el transcurso del año 2014, el Ministerio de Desarrollo Social y el Consejo de la Cultura y las Artes, según el reglamento adoptado bajo la administración anterior, han iniciado por separado dos procesos de consulta previa. En el primer caso, la consulta recae sobre los anteproyectos de ley que crean el Ministerio de Pueblos Indígenas y el Consejo o los Consejos de Pueblos Indígenas. La segunda de las consultas se refiere a la indicación sustitutiva que crea el Ministerio de la Cultura y las Artes.

Llama la atención al INDH que otras iniciativas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas no hayan sido sometidas al proceso de consulta previa en la etapa prelegislativa. Es el caso del anteproyecto de ley

64 Ver: 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; e INDH. Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena. Agosto de 2013.

65 Ver entre otras: Declaración pública de Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas Autoconvocados. Marzo de 2014: “Denunciamos que el nuevo Reglamento N° 66 de consulta indígena es ilegítimo y no lo reconocemos como instrumento para la consulta previa libre e informada, según Convenio 169 y hacemos un llamado al nuevo Gobierno a restablecer un verdadero diálogo político directamente con los pueblos indígenas”. Ver Observatorio Ciudadano. Las falencias del proceso de consulta de 5 de septiembre de 2014.

66 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile 111° período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014, párr. 10 c).

67 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.103/III (1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014.

que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas⁶⁸, el que legisla sobre áreas protegidas que en un porcentaje significativo se superponen a tierras que, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, son de propiedad y posesión indígena en razón de su ocupación tradicional.

El INDH recibió de parte del Ministerio de Desarrollo Social⁶⁹ y del Consejo de la Cultura y las Artes una invitación con el objeto de participar en calidad de observador de los procesos señalados. El Consejo del INDH ha aceptado dicha invitación a condición de que sea igualmente aceptada por los representantes indígenas que concurran a los diálogos y reuniones que se prevén.

En el caso del proceso que lleva a cabo el Ministerio de Desarrollo Social, este se inició el 31 de julio de este año, con la publicación en el *Diario Oficial* del llamado a convocatoria. La consulta tiene carácter nacional y se diseñaron 58 reuniones de información desde Arica a Puerto Williams⁷⁰. En el caso del Consejo de la Cultura y las Artes, esta también tendrá un carácter nacional e incluye a la comunidad afrochilena de Arica-Parinacota. Se inició en agosto con una ronda preliminar de reuniones para dar información previa. Estando ambos procesos en sus inicios, el INDH incluirá en el próximo informe anual los hallazgos principales que arroje la observación que lleva adelante.

No obstante ello, el INDH ha expresado al Ministerio de Desarrollo Social y al Consejo de la Cultura y las Artes, la preocupación por que se estén llevando a cabo procesos complejos de alcance nacional de manera simultánea. Adicionalmente, en el caso del Ministerio de Desarrollo Social, de lo observado de forma preliminar, se percibe que los participantes indígenas alegan desconocer el propósito de las reuniones, y que la información que se proporciona en ellas no estaría contribuyendo a la comprensión de los temas a tratar.

68 Boletín N° 9404-12 Proyecto de ley iniciado por Mensaje N° 161-362, de que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Ingresado al Senado de la República el 18 de junio de 2014.

69 Invitación formalizada por medio del Ordinario núm. 1927 del Ministerio de Desarrollo Social, por el que solicita “participación del INDH en el proceso de consulta” de 2 de septiembre de 2014.

70 Ministerio de Desarrollo Social. http://www.consultaindigenamds.gob.cl/articulos/articulo130814_2.html

CONSULTA PREVIA Y FALLOS RELEVANTES DEL AÑO 2014

Durante el transcurso del año bajo revisión, los Tribunales Superiores de Justicia han debido pronunciarse sobre este punto, precisamente en relación con los temores que habitantes indígenas han expresado frente a megaproyectos de inversión.

Uno de estos casos es el denominado “Proyecto El Morro”⁷¹. La Corte Suprema, en octubre de 2014, y por segunda vez⁷², dejó sin efecto la resolución de calificación ambiental. En esta oportunidad, un grupo de organizaciones y personas diágitas sostuvieron que no fueron debidamente consultadas. Durante el transcurso del proceso de evaluación ambiental, la CONADI sostuvo que “[e]l emplazamiento del proyecto minero El Morro afectará de manera directa la condición de trashumantes de los habitantes indígenas dedicados al pastoreo y la cría de ganado para su supervivencia, actividad que data de varias generaciones y cuyo valor sociocultural, económico y patrimonial puede ser significativo e irreversible”⁷³. Posteriormente, en nuevos informes, la CONADI⁷⁴ expresó su conformidad con lo informado por el Titular del Proyecto en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental. El máximo tribunal reprocha que CONADI no fuera capaz de informar, fundadamente, si existían o no otras comunidades

71 El Proyecto minero El Morro consiste en la construcción y operación por 14 años, de una mina a tajo abierto para la extracción de oro y cobre, localizado en Alto del Carmen. Región de Atacama, para más antecedentes ver Mapa de Conflictos Ambientales en: http://www.indh.cl/mapaconflictos/assets/pdf/33_Proyecto_Morro.pdf

72 Corte Suprema Sentencia. Rol N° 11.299-2014 de 7 de octubre de 2014 La primera Sentencia es de 27 de abril de 2012, ROL N 2211-2012 por la que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 49 de 14 de marzo de 2011. El Estudio de Impacto Ambiental del proyecto El Morro fue calificado favorablemente por Resolución N° 49, el 14 de marzo de 2011. Dicha resolución fue dejada sin efecto por la Corte Suprema, con fecha 27 de abril de 2012, en tanto “no se subsanaran las deficiencias observadas por dicho Tribunal, relativas, en síntesis, a que el proyecto solo había considerado tres familias de crianceros, además de una persona que pertenecía a una de dichas familias y que tenía su majada propia, en tanto existían 43 personas de la Comunidad Agrícola de Los Huascoaltinos que acreditaban su calidad de indígena y que no habían sido respetados, lo que configuraba una ilegalidad”.

73 Corte Suprema. Rol N° 11.299-2014 de 7 de octubre de 2014, considerando vigesimoprimerio

74 Oficio N° 00 de 9 de octubre de 2013 y Oficio N° 564 de 21 de octubre de 2013.

indígenas susceptibles de verse afectadas por el proyecto⁷⁵, y los motivos razonados que dan lugar a un cambio de opinión de la Corporación, en relación con las afectaciones que en su momento representó al titular del Proyecto⁷⁶. De esta manera, la CONADI, a juicio de la Corte Suprema, no fundamentó su decisión de informar el proyecto El Morro, y la falta de fundamento infringe mandatos contenidos tanto en la Ley de Bases de la Administración del Estado, como en la Ley de Bases de Medio Ambiente, lo que deviene en que la “opinión favorable otorgada al proyecto adolezca de un vicio que la transforma en ilegal y arbitraria”⁷⁷. Este vicio contaminaría, de acuerdo con la C. Suprema, la Resolución de Calificación Ambiental en tanto dicho acto administrativo terminal adolece de la debida motivación, lo que la torna en consecuencia ilegal y arbitraria. La Corte Suprema, en mérito de este razonamiento, resolvió: a) Dejar sin efecto los Informes de CONADI y b) ordenar que la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama solicite a CONADI nuevos informes para pronunciarse nuevamente.

En este fallo, la Corte Suprema reiteró que la contienda destinada a dirimir conflictos de orden ambiental y, en especial, a invalidar una Resolución de Calificación Ambiental, debe ser resuelta en sede de los tribunales ambientales⁷⁸. Este criterio que ha prevalecido durante el año bajo observación, fue sostenido por la Corte Suprema en el Proyecto Los Pumas⁷⁹, revocando una decisión de la Corte de

Apelaciones de Arica⁸⁰, la que en primera instancia resolvió que la resolución favorable al proyecto de la autoridad se fundaba en una autorización ambiental sectorial [Se refiere a la dada por SERNAGEOMIN para la habilitación del relave], basada en exigencias de una normativa derogada y de menores exigencias que la actualmente vigente⁸¹. Esto resulta suficiente para declarar el acto ilegal. La Corte de Arica, analizando este caso, concluyó además, que el proyecto en cuestión afectaba el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁸² y lesionaba el derecho de las comunidades aymaras a ser consultadas conforme mandata el Convenio 169 de la OIT. Adicionalmente, a juicio de los jueces de Arica, el proyecto además vulneraba el derecho a libertad de culto del pueblo aymara por la afectación a la cosmovisión andina que un proyecto de estas características entraña⁸³ emplazado en sus territorios.

La Corte Suprema, en agosto de 2014, sostuvo que a contar de la dictación de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, “son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales sometidas a su competencia (...) dentro de las cuales se encuentra –por cierto–, la solicitud de invalidación de una resolución de calificación

75 Corte Suprema. Rol N° 11.299-2014 de 7 de octubre de 2014, considerando vigésimo.

76 Ibidem, considerando vigésimo séptimo

77 Ibidem, considerando trigésimo.

78 Ibidem, considerandos noveno y décimo.

79 Corte Suprema. Rol. N° 17.120-2013 de 12 de agosto de 2014. “El proyecto de Manganese Los Pumas (...) comprende una mina situada a unos 37 kilómetros al norte de Putre, lugar en que se tiene programado extraer el mineral a tajo abierto de tres tajos, el cual será trasladado a una sección de chancado o molienda cercano al punto de extracción para efectuar el proceso de separación, para cuya operación se requiere agua, la que tiene contemplado proveerse desde una vertiente ubicada en la quebrada de Tarapacá, distante a 19 kilómetros, por medio de un ducto. Efectuado el chancado o molienda, la escoria, relave o lama será vertida a un tranque de relave en donde serán depositadas las referidas lamas” “Que el proceso descrito (...) requiere para poder trasladar en camiones el mineral al Puerto de Arica, construir un camino desde la mina o yacimiento propiamente tal hasta la ruta A-23, para lo cual requiere intervenir el ecosistema existente en el lugar, arrancando la Llaleta o Yareta existente en el Altiplano

chileno, como asimismo, requiere ensanchar la Ruta A-23 en ambas direcciones, a la cual agregaría una berma de 1.0 metro, para lo cual se requiere igualmente arrancar las Yaretas existentes en el sitio y en este caso al interior del Parque Lauca”. Corte de Apelaciones de Arica. ROL 182-2013 Fallo 25 de noviembre de 2013. Acumulados ROL 184-2013; 185-2013; 186-2013; 187-2013. Considerando décimo séptimo.

80 Corte de Apelaciones de Arica. ROL 182-2013 Fallo 25 de noviembre de 2013. Acumulados ROL 184-2013; 185-2013; 186-2013; 187-2013.

81 Ibidem, considerando vigésimo primero.

82 Ibidem, considerandos vigésimo tercero; vigésimo cuarto; vigésimo quinto y vigésimo sexto.

83 “En efecto los habitantes del área donde se encuentran la vertiente Tarapacá son ganaderos que consideran al agua en aymara “Uma”, una entidad sagrada vinculada a la serpiente o “Amaru”, que simboliza la sinuosidad de la escorrentía de los ríos sobre la madre tierra o Pacha y que es símbolo de productividad y fertilidad al cual se le rinde culto. De conformidad a la cosmovisión andina, las vertientes son fuente de reproducción del ganado donde emergen los ‘Chullumpes’ o animales silvestres que reflejan abundancia y productividad. Este culto se traduce en ceremonias como la Phawua al ojo de agua o la “Wilancha” o sacrificio de animales a los Malkus o cerros tutelares del ganado, los cuales proveen del agua necesaria para la subsistencia del hombre y los animales”. Corte de Apelaciones de Arica. ROL 182-2013. Fallo 25 de noviembre de 2013. Acumulados ROL 184-2013; 185-2013; 186-2013; 187-2013 Trigésimo séptimo.

ambiental (...)”⁸⁴. La declaración de incompetencia de la Corte Suprema eventualmente entraña una tensión con la garantía de acceso a la justicia en el sentido de que los tribunales medioambientales están llamados por ley a resolver fundamentalmente un litigio de carácter medioambiental y la consulta previa no representa una controversia de esas características. En segundo lugar, supone una restricción geográfica para quienes estiman vulnerados sus derechos, por cuanto solo existen tres tribunales ambientales en el territorio nacional (Antofagasta; Santiago y Valdivia) y por último, quienes estimen lesionados sus derechos para concurrir al tribunal medioambiental deberán contar con el patrocinio de abogado/a. Todo lo que no ocurre en la acción de protección de garantías constitucionales.

En el caso de la Central Neltume, la Corte Suprema confirmó una decisión de la Corte de Valdivia, y dijo en septiembre algo similar al sostener que no habiendo afectación directa por parte de los que recurren de protección (el Parlamento de Coz Coz), y estando pendiente el proceso de evaluación ambiental, quedaba a los recurrentes la vía jurisdiccional contemplada en la ley que crea los tribunales ambientales.

En el llamado “Caso Soquimich”, que contó con la oposición de representantes del pueblo likana antay, la Corte Suprema⁸⁵ dejó sin efecto un fallo de primera instancia que acogía la pretensión deducida por los dirigentes indígenas, y dejaba sin efecto la resolución de calificación ambiental, ordenando que el proyecto “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio” de la empresa minera S.Q.M. Salar S.A, se someta a un “Estudio de Impacto Ambiental en el que se dé aplicación a las normas sobre participación contenidas en los artículos 26 a 31 de la Ley 19.300 y Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”⁸⁶. La Corte Suprema, por su parte, señaló que no hay afectación directa en mérito de un informe evacuado por CONADI⁸⁷.

84 Corte Suprema. Rol. N° 17.120-2013, 12 de agosto de 2014. Considerando cuarto.

85 Corte Suprema. Rol. N° 17.120-2013, 12 de agosto de 2014.

86 Corte de Apelaciones de Antofagasta: Rol N° 1097-2013, de 3 de diciembre de 2013. Considerando décimo.

87 Corte Suprema. Rol. N° 17.120-2013, 12 de agosto de 2014. Considerando décimo séptimo.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas (2003). *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago.

Anaya, J. (2005). *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Editorial Trotta.

Anaya, J. (6 de junio de 2011). *The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*. A/HRC/18/35/Add.2.

CONADI (b). (1999). *La Política de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*.

CONADI (2014). *Conadi*. Recuperado el 20 de octubre de 2014, de <http://www.conadi.gob.cl/index.php/preguntas-frecuentes?layout=edit&id=63>

Dirección General de Obras Públicas (2012). *Guía de Antecedentes Territoriales y Culturales de los Pueblos Indígenas de Chile*. Santiago.

Espina, A., & García, J. (Septiembre de 2014). *Propuesta: “Acuerdo por la paz social en La Araucanía”*. Recuperado el 21 de octubre de 2014, de <http://static.latercera.com/20140902/1998870.pdf>

Galilea, J. A. (2014). *Violencia en La Araucanía: Relato en primera persona*. Recuperado el 12 de octubre de 2014, de <http://www.sna.cl/wp/wp-content/uploads/2012/10/Enagro%202012%20-%20Jose%20Antonio%20Galilea.pdf>

INDH (8 de octubre de 2014). *Declaración Pública sobre los recientes hechos de violencia en La Araucanía*. Recuperado el 8 de octubre de 2014, de <http://www.indh.cl/declaracion-publica-del-consejo-del-indh-sobre-los-recientes-hechos-de-violencia-en-la-araucania>

INDH (2013a). *Declaración Pública: Instituto Nacional de Derechos Humanos repudia actos de violencia en La Araucanía y llama al diálogo*. Santiago.

INDH (2013b). *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*. Santiago.

INDH (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

INDH (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

INDH (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

INDH (2013c). *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena*. Santiago.

Instituto Libertad y Desarrollo (25 de junio de 2014). <http://www.lyd.com/>. Recuperado el 25 de junio de 2014, de <http://www.lyd.com/centro-de-prensa/noticias/2014/06/estado-us-822-millones-indigena/>

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). *Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago.

La Segunda (12 de agosto de 2014). *Nuevo atentado incendiario en La Araucanía: Quemaron maquinaria y un galpón*. Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de <http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2014/08/955023/Nuevo-atentado-incendiario-en-La-Araucania-Quemaron-maquinaria-y-un-galpon>

La Tercera (1 de octubre de 2014). *Comunero mapuche muere atropellado tras incidentes en fundo de La Araucanía*. Recuperado el 20 de octubre de 2014, de <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/10/680-598269-9-comunero-mapuche-muere-atropellado-tras-incidentes-en-fundo-de-la-araucaia.shtml>

Libertad y Desarrollo (1). (10 de enero de 2014). www.lyd.org. Recuperado el 25 de junio de 2014, de http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.144violenciaenlaaraucaia%C3%8DamIII.pdf

Libertad y Desarrollo (6 de agosto de 2010). *Un Giro en la Política Indígena: Cambios en la entrega de tierras*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/TP-977-Un%20giro%20en%20la%20politica%20indigena%20Cambios%20en%20la%20entrega%20de%20tierras-06-08-2010.pdf

Lipschutz, A. (1956). *La Comunidad Indígena en América y en Chile. Su pasado histórico y sus perspectivas*. Santiago: Universitaria.

Ministerio de Bienes Nacionales (2014). *Acciones en favor de los Pueblos Originarios de Chile*. Recuperado el 13 de noviembre de 2014, de http://www.bienesnacionales.cl/?page_id=1621

O'Donnell, D. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas Universal e Interamericano*. México, D.F.: ACNUDH y EGAP.

Radio Bio Bio (11 de enero de 2014). *Atentado incendiario: Quemaron 6 camiones y un cargador frontal en La Araucanía*. Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de <http://www.biobiochile.cl/2014/01/11/atentado-incendiario-queman-6-camiones-y-un-cargador-frontal-en-la-araucaia.shtml>

Radio Universidad de Chile (30 de octubre de 2014). *Conmoción causa homicidio de comunero mapuche en La Araucanía*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de <http://radio.uchile.cl/2014/10/30/conmocion-causa-homicidio-de-comunero-mapuche-en-la-araucaia>

Stavenhagen, R. (13 de marzo de 2006). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen*. Mission to New Zealand. E/CN.4/2006/78/Add.3 .

TVN (12 de marzo de 2014). *Intendente de La Araucanía pide perdón al pueblo mapuche*. Recuperado el 21 de octubre de 2014, de <http://www.24horas.cl/politica/intendente-de-la-araucaia-pide-perdon-al-pueblo-mapuche-1124140>

2

DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN: ZONAS DE SACRIFICIO E INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL



Fotografía: Enrique Cerdá



DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN: ZONAS DE SACRIFICIO E INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL



ANTECEDENTES

El ejercicio del derecho a un medio ambiente libre de contaminación ha sido preocupación constante para el INDH, en especial la situación crítica que se vive en ciertas zonas del país (INDH, 2011a; 2012a; 2013). De acuerdo con información de la Organización Mundial de la Salud, en el país tienen lugar al menos 4 mil muertes prematuras al año producto de la contaminación atmosférica (Ministerio del Medio Ambiente, 2014a). Esta contaminación puede deberse a fuentes de distinto tipo: emisiones industriales, uso de leña, medios de transporte, uso de agroquímicos (fertilizantes nitrogenados y pesticidas principalmente), entre otros.

Junto a la contaminación del aire existe la contaminación del suelo y agua. De esta forma, como ha observado el Instituto¹, la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente sano puede vulnerar otros derechos. El que suele ser afectado con mayor frecuencia por la contaminación es el derecho a la salud, lo que en ocasiones implica que una persona deba faltar a su trabajo, costear operaciones e incluso jubilar anticipadamente. Lo mismo ocurre con el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes, así como con el acceso a la educación. Basta recordar el caso de la escuela La Greda, en Puchuncaví (marzo de 2011), donde estudiantes y profesores presentaron signos de intoxicación (cefalea, mareos, vómitos y desmayos), debiendo suspender las clases e ir a un

centro asistencial. Posteriormente, la escuela fue trasladada de lugar para evitar la exposición a los agentes contaminantes (INDH, 2011b). Según informe de la Seremi de Salud, las 14 escuelas de Puchuncaví se encuentran con índices por sobre la norma de metales pesados². Sin embargo, no se ha resuelto el problema de contaminación en la zona, pues el 17 de octubre de 2013, seis trabajadores resultaron intoxicados mientras realizaban labores de limpieza (Fundación Terram, 2013).

En mayo de 2012 el expresidente Piñera se refería a la situación en Ventanas (ubicada en la bahía de Quintero), Huasco, Coronel y Mejillones como “tragedias ambientales y sanitarias” (Mensaje presidencial). En 2013, un conjunto de organizaciones de la bahía de Quintero elaboró y distribuyó un documento entre autoridades de gobierno y parlamentarios en que se resumía la situación de la bahía y se establecían exigencias por parte de la comunidad³. Es precisamente a raíz de la situación en la bahía de Quintero que se comienza a utilizar en Chile el concepto de “zona de sacrificio” (Liberona, 2014).

La ONG OCEANA, una de las organizaciones que han denunciado activamente las condiciones de contaminación en dichas localidades, define a las zonas de sacrificio como “zonas que han sido destinadas al sacrificio, olvidadas por los sucesivos gobiernos que han seguido permitiendo la instalación de nuevas industrias contaminantes, aun cuando el impacto sobre la salud de las personas y el medio ambiente ha sido

¹ Además de los capítulos sobre Derecho a un medio ambiente libre de contaminación de los Informes Anuales de 2011 y 2012, el INDH desarrolló el Mapa de Conflictos Socioambientales en Chile que registra 97 conflictos que tuvieron lugar entre enero 2010 y junio 2012. También se encuentran disponibles los informes de las misiones de observación realizadas en Puchuncaví-Quintero-La Greda (14 de septiembre de 2011) y en Freirina, Región de Atacama (31 de mayo y 1 de junio de 2012).

² Ord N° 1448, Informa Análisis de metales en polvo y suelos a Colegios en Puchuncaví, 7 de octubre de 2011.

³ Situación de la bahía de Quintero: exigencias de la comunidad, octubre de 2013.

inmenso”⁴. Este año, en mayo de 2014, la Unión de Comunas de Zonas de Sacrificio emitió un pliego de peticiones al Estado donde las define como “aquellos territorios de asentamiento humano devastados ambientalmente por causa del desarrollo industrial. Esta devastación tiene implicancias directas en el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las personas; derecho a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo, a la alimentación, a la vivienda, etc. En estos territorios el daño ambiental ha significado la situación de vulnerabilidad y empobrecimiento de las comunidades”⁵. En este sentido, los instrumentos actuales sobre ordenamiento territorial y la Evaluación Ambiental Estratégica no permiten considerar la concentración de proyectos empresariales en los territorios, ni ver sus consecuencias acumulativas.

Estos hechos han sido difundidos por los medios de comunicación, que en el caso del programa de televisión En la Mira (Chilevisión) dedicó un capítulo entero a la situación de las “zonas de sacrificio”, en mayo de este año. Una nueva cobertura tuvo lugar a propósito del derrame de 22 mil litros de petróleo de ENAP, en la bahía de Quintero, el 24 de septiembre de 2014, lo que acentuó la situación crítica de contaminación que afecta a la bahía. Es así que el concepto de “zonas de sacrificio” permite dar cuenta de una situación ya constatada por el INDH: la concentración de los costos ambientales y su distribución desigual. Es una “situación de injusticia ambiental evidente, por cuanto los beneficios que genera [una industria] se reparten difusamente entre la sociedad toda, mientras que los costos ambientales son soportados por personas en situación de vulneración social y económica” (INDH, 2011, pág. 170).

En este marco, en paralelo al análisis de la situación de vulneración de derechos en las zonas de sacrificio, resulta relevante conocer el proceso de reforma de la institucionalidad ambiental que tuvo lugar en los últimos años. El año 2010 se creó el Ministerio del Medio Ambiente y la Superintendencia

del Medio Ambiente (Ley 20.417)⁶; dos años más tarde se crearon los Tribunales Ambientales (Ley 20.600), de los que el primero comenzó sus operaciones en diciembre de 2012. La propuesta de implementación de esta reforma fue descrita por el INDH en el Informe Anual 2012, por lo que cabe actualizar ese proceso. Este apartado revisa los estándares internacionales y nacionales en el ámbito del derecho a un medio ambiente libre de contaminación. También realiza un diagnóstico de la situación de dos “zonas de sacrificio”, y se analiza el funcionamiento de la nueva institucionalidad medio ambiental, en sus dimensiones administrativa y judicial.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La preocupación por el medio ambiente tomó relevancia internacional con la Conferencia de Estocolmo en 1972. Desde ese entonces las Naciones Unidas no han dejado de pronunciarse sobre el tema por medio de distintos documentos, los cuales han sido analizados por el INDH en Informes Anuales precedentes (INDH, 2011a; 2012a). Sin embargo, esta preocupación no se ha traducido en instrumentos internacionales vinculantes para los países, por lo que “los órganos jurisdiccionales [...] han ‘enverdecido’ (*greening*) ciertos derechos –como la vida, la salud o la vida privada y familiar–, o incluso han considerado justificado limitar ciertos derechos humanos –como la propiedad– para la protección del medio ambiente” (INDH, 2011a, pág. 163). Así, se ha vuelto estrecha la relación entre el derecho al medio ambiente y el ejercicio de otros derechos⁷.

No habiendo documentos internacionales vinculantes de carácter general, podría considerarse como el principal estándar el Convenio Aarhus, adoptado el 25 de junio de 1998

4 <http://oceana.org/es/sa/nuestro-trabajo/energia-limpia/zonas-de-sacrificio/antecedentes>

5 Documento firmado por los alcaldes de Huasco, Tocopilla, Puchuncaví, Quintero y Coronel. Ver http://www.ojoconelparlamento.cl/sites/default/files/minuta/S%208a%20Peticiones%20conclave_%20alcaldes%20zonas%20de%20sacrificio.pdf, mayo de 2014. Los municipios autorizan las obras y reciben beneficios, aunque estos difícilmente sean suficientes para compensar la contaminación que se produce.

6 La Ley 20.417 modifica la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994). Cabe destacar que el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), ya había sido creado por esta última ley (art. 80) y que el Reglamento del SEIA se publicó en 1997.

7 En la Convención de los Derechos del Niño (1989), refiriéndose al derecho de gozar del nivel más alto posible de salud, se menciona la importancia de tener “en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente” (Artículo 24.2.c). El Convenio N° 169 (1989) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, señala expresamente que “[l]os gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (art. 7.4).

en Dinamarca. “Si bien es un instrumento eminentemente paneuropeo, se encuentra abierto a cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas” (INDH, 2013a, pág. 47). Allí se menciona que el derecho de acceso a la información obliga al Estado a disponer, recoger y difundir la información ambiental. Según la misma norma, la participación pública en la toma de decisiones se debe llevar a cabo al inicio de los procedimientos, de forma que las personas puedan ejercer una influencia real dentro de un plazo razonable. Además, las consultas deben ser gratuitas y se debe dar la opción de un proceso de participación por escrito u oral (art. 6, 7 y 8). Asimismo, en caso de que no se pueda acceder a la información necesaria o que la respuesta no sea suficiente, los Estados deberán velar que cada persona “tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por ley” (art. 9.1).

El acceso a la justicia y la protección judicial, en términos genéricos, se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸. En ella se afirma que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (art. 25). Dentro de los compromisos de los Estados Parte, se encuentra “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” (art. 25.c). De forma que el “derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, abarca también aspectos más amplios que buscan asegurar una respuesta efectiva por parte del sistema de justicia en aras de resolver los conflictos de relevancia jurídica y de ese modo garantizar los derechos humanos de todas las personas” (INDH, 2013a, pág. 59).

En particular sobre el medio ambiente, el Convenio Aarhus señala que se tendrá acceso a la justicia en asuntos ambientales “sin discriminación fundada en la nacionalidad, la ciudadanía o el domicilio, y en el caso de una persona moral,

sin discriminación por el lugar en que tenga su sede oficial o un centro verdadero de actividades” (art. 3.9). Los procedimientos, administrativos o judiciales “[d]eberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos” (art. 9.4), tal que se “preverá el establecimiento de mecanismos apropiados de asistencia encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que traben el acceso a la justicia” (art. 9.5). Para ello deberán ser procedimientos “gratuitos o poco onerosos” (art. 9.1), “sin que su costo sea prohibitivo” (art. 9.4). Todas estas decisiones deberán ser consignadas por escrito, y además “[l]as decisiones de los tribunales y, en lo posible, las de otros órganos deberán ser accesibles al público” (art. 9.4).

De esta forma, se entiende que en el ejercicio del derecho a un medio ambiente libre de contaminación se entrelazan también los derechos de acceso a la información, a la participación y el acceso a la justicia.

Asimismo, en este ámbito se destaca el rol que le compete al sector privado. La relación entre empresas y derecho humanos ha sido abordada por las Naciones Unidas⁹, identificándose Principios Rectores para la actuación de las empresas. Dichos principios se basan en tres conceptos fundamentales: proteger, respetar y remediar, permitiendo distinguir ámbitos de responsabilidad diferenciados entre empresas y Estados (INDH, 2012b; 2013a). Esta regulación internacional es importante para las empresas exportadoras de productos, en tanto brinda principios orientadores para un mejor cumplimiento de las normas de los países de destino. Queda pendiente la tarea de facilitar el cumplimiento de dichos principios y regulaciones a las pequeñas y medianas empresas.

NORMATIVA NACIONAL Y LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

El derecho a un medio ambiente libre de contaminación está garantizado constitucionalmente. Es deber del Estado “velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza” (art. 19 N° 8). Existen diferentes

⁸ Ratificada por Chile en 1990.

⁹ A/HRC/17/31. El INDH también ha analizado los desarrollos en este ámbito. Ver “Cuadernillo de temas emergentes: empresas y Derechos Humanos”, 2012.

actividades propias de la vida cotidiana de las personas, como trabajar o asistir a un establecimiento educacional, que pueden verse impactadas cuando este derecho es vulnerado por altos niveles de contaminación. Al respecto, la Constitución indica que “[n]inguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas” (art. 19 N° 16); mientras que en el derecho a la protección de la salud, “[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud [...]” (art. 19 N° 9). El Estado puede “establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente” (art. 19 N° 8). De este modo, al Estado le corresponde tanto velar por el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, como por los restantes que pueden eventualmente verse afectados como consecuencia de la contaminación.

Por su parte, “[n]uestro país cuenta con legislación medioambiental específica desde 1994, año en que se adoptó la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. La norma fue objeto de una importante reforma en 2010, con la promulgación de la Ley N° 20.417 que creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Estas disposiciones junto con la Ley sobre transparencia y acceso a la información pública constituyen la base normativa” del país en estas materias (INDH, 2011a, pág. 165)¹⁰.

En cuanto al diseño institucional en materia ambiental, el Ministerio del Medio Ambiente se ubica a la cabeza, a cargo de definir las políticas y normas de regulación ambiental. Este

ministerio es apoyado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, instancia multisectorial que aprueba dichas políticas y regulación. El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), por su parte, es el encargado de la gestión ambiental, específicamente de la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). El objetivo último del SEIA es evaluar los impactos ambientales que pudieran generar estas iniciativas, de manera de establecer medidas de mitigación y/o compensación necesarias para que puedan desarrollarse. Este sistema considera dos modalidades de evaluación: la declaración de impacto ambiental (DIA) y el estudio de impacto ambiental (EIA), este último reservado a iniciativas que presentan efectos adversos según el art. 11 de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente¹¹ (INDH, 2012b, pág. 28).

Junto a esta institucionalidad existe la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), instrumento de gestión ambiental incluido en la Ley 20.417. La idea es contribuir al desarrollo sustentable del país por medio de la integración de la dimensión ambiental de forma voluntaria en la formulación de políticas y planes, y de forma obligatoria en los diferentes instrumentos de ordenamiento territorial¹². En junio de 2014 el reglamento de EAE fue aprobado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y actualmente se espera que Contraloría tome razón del reglamento para su publicación (Minería Chilena, 2014).

Respecto de la Superintendencia (SMA), es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la

10 Al 11 de noviembre de 2014 se encuentran en tramitación dos Proyectos de Ley para modificar el artículo 19 N° 8 y el artículo 20 de la Constitución (Boletines N° 1950-07 y N° 5730-07). También existen Proyectos de Ley para modificar la tipificación y sanciones de delitos contra el medio ambiente (Boletines N° 4256-12, N° 6048-07, N° 8920-07, N° 9367-12) y para modificar la Ley 19.300 (Boletines N° 9710-12, N° 9587-12, N° 9397-12, N° 9338-12, N° 8780-12, N° 8732-12, N° 8689-12, N° 8453-12, N° 8450-12, N° 8454-12, N° 8416-12, N° 8408-12, N° 8319-12, N° 8116-12, N° 7730-12, N° 7599-12, N° 7280-12, N° 7182-12, N° 2830-12, N° 2703-12).

11 Según su artículo 11: Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones y residuos; efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluido el suelo, agua y aire; reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de los grupos humanos; localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, 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; alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

12 Como planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas.

República mediante el Ministerio de Medio Ambiente. La SMA coordina de forma exclusiva un sistema único de fiscalización ambiental, el que se encuentra organizado en tres macrozonas, cada una con una sede¹³, no teniendo representación en todas las regiones¹⁴. En su función fiscalizadora le corresponde verificar el cumplimiento de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), Normas de Calidad, Normas de Emisión, Planes de Prevención y/o Descontaminación, Programas de Cumplimiento y Planes de Reparación.

Junto a la función fiscalizadora, la Superintendencia tiene una función sancionadora¹⁵; cuando esta toma conocimiento de un incumplimiento (por fiscalización, denuncia de un tercero o autodenuncia), la entidad infractora debe presentar un programa con actividades y metas de cumplimiento, en el plazo de 10 días. Si no lo hace, las multas pueden doblar la infracción original¹⁶. Las sanciones a infracciones son incluidas en el Registro Público de Sanciones, al que se puede acceder por Internet, lo que transparenta el proceso, contribuyendo al derecho de acceso a la información pública.

A esta institucionalidad administrativa se añadieron los Tribunales Ambientales (TA) creados por la Ley 20.600 (2012). “[S]on órganos jurisdiccionales especiales, [...] cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento” (art. 1). Su implementación

fue progresiva¹⁷, partiendo en diciembre de 2012 con la constitución del Segundo Tribunal Ambiental en Santiago. Actualmente solo se encuentra operativo este tribunal y el Tercer TA de Valdivia, por lo que el INDH manifiesta su preocupación por la tardanza en la instalación del Primer TA de Antofagasta. Mientras este último no se encuentre operativo, el TA de Santiago lleva sus causas, como se indica en la Ley 20.749 que modifica la Ley 20.600 en materia de subrogación.

Uno de los elementos positivos de estos tribunales es su composición mixta, estando integrados por ministros juristas y científicos. A los tres ministros titulares, dos abogados/as especializados en derecho administrativo o ambiental y uno licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales (art. 2, inc.1), se suma un suplente de cada especialidad. Los ministros titulares pueden permanecer seis años en sus cargos, con posible renovación de dos períodos sucesivos (art. 2.b). A estos ministros se suman los profesionales de la planta administrativa, considerándose abogados/as, un profesional del ámbito económico y otro del ámbito de las ciencias.

En términos generales, estos tribunales son competentes “para conocer de recursos de reclamación judicial contra diversos actos de órganos del Estado que ejercen la función ambiental estatal, relacionados con instrumentos de gestión ambiental” (Boettiger, 2014, págs. 295 y 296), o sea, conocen la reclamación de un acto administrativo. “El único caso en que actúa con competencia judicial directa, no de revisión, sino de conocimiento directo de la causa, es en la acción de reparación de daño ambiental” (Boettiger, 2014, pág. 295). En caso de existir una contienda de competencia entre los Tribunales Ambientales o con otros tribunales, será la Corte Suprema la que deba resolverlo (art. 28 Ley 20.600)¹⁸.

13 Macrozona Norte (sede en Antofagasta): Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama. Macrozona Centro (sede en Santiago): Copiapó, Valparaíso, Metropolitana, O’Higgins y Maule. Macrozona Sur (sede en Valdivia): La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y Magallanes.

14 En entrevista del INDH con el Subsecretario Marcelo Mena, el día 25 de agosto de 2014, este señaló la escasez de personal que posee la SMA para su función fiscalizadora y sancionadora. En la Cuenta Pública de la SMA (2014) se menciona que poseen 91 funcionarios/as (de planta o a contrata) y 28 profesionales a honorarios.

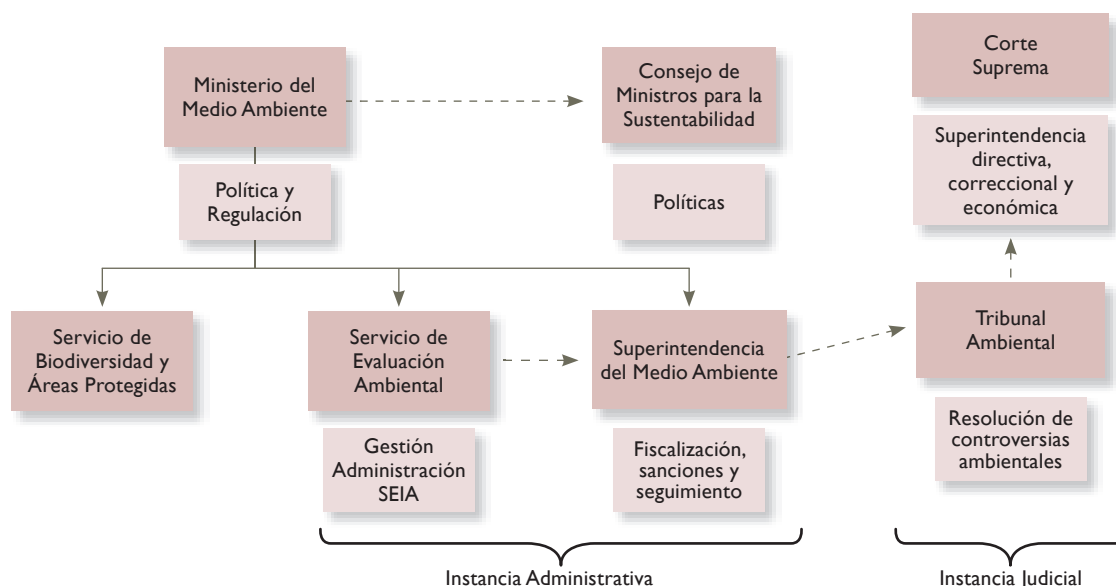
15 La que considerará los siguientes factores: la importancia del daño causado o el peligro ocasionado; el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor y su capacidad económica (art.38, 39 y 40, Ley 20.417).

16 Actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley sobre el destino de las multas impuestas por la SMA (Boletín N° 9562-12).

17 Cada TA es competente territorialmente de la siguiente forma. Primer Tribunal ambiental (5 regiones): Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo. Segundo Tribunal ambiental: Valparaíso, Metropolitana, del Libertador General Bernardo O’Higgins y del Maule (4 regiones). Tercer Tribunal ambiental (6 regiones): Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y Antártica Chilena.

18 Puede que este sea el caso de HidroAysén, que ante el rechazo de su Resolución de Calificación Ambiental, presentó un reclamo al TA de Santiago (13 de agosto de 2014) y al TA de Valdivia (26 de agosto de 2014). El problema es que si se rechaza la acumulación de ambos procesos, las sentencias de los TA podrían presentar decisiones contradictorias (Nueva Minería y Energía, 2014).

NUEVA INSTITUCIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL EN MEDIO AMBIENTE



Fuente: Elaboración propia sobre la base de Boettiger (2010) y www.tribunalambiental.cl

En el detalle, un primer tipo de causas que conocen son las “reclamaciones”, que buscan determinar la ilegalidad de ciertos actos administrativos y normas dictadas por distintos organismos con competencia ambiental¹⁹, como el establecimiento de normas de calidad ambiental y de emisión, la declaración de zonas del territorio como latentes o saturadas²⁰, y el establecimiento de planes de prevención o de descontaminación. Un segundo tipo de causa son las “solicitudes de autorización”, que son realizadas por la SMA, respecto de medidas temporales, suspensiones y ciertas sanciones aplicadas por la SMA (art. 17 Ley 20.600), que se pueden reclamar por ilegalidad (art. 56 y 57 Ley 20.417). Un tercer tipo son las “demandas por daño ambiental”, dirigidas a un demandado/a para que repare materialmente el daño causado al medio ambiente; acá también se incluyen aquellas reclamaciones en contra de resoluciones que haya adoptado la SMA. Respecto de la reparación de los daños ambientales, la Ley 20.600 indica que “no podrá ser objeto

de transacción o cualquier otro tipo de acuerdo que exima al autor de implementar medidas de reparación ambiental del daño causado” (art. 44). Y en caso de que se busque indemnización por los perjuicios generados, será competente el Juzgado de Letras en lo Civil del lugar donde se produjo el daño ambiental (art. 46).

Como conclusión de lo anterior, los TA operan como un mecanismo de control judicial de los actos de la administración medioambiental. Sin embargo, la Ley 20.600 exige el agotamiento de la vía administrativa antes de generar una reclamación judicial en los TA. En este sentido, el TA se pronuncia sobre las resoluciones de aspectos que ya han sido reclamados administrativamente. Entonces, no se le puede solicitar a los TA conocer directamente una Resolución de Calificación Ambiental o que invalide un acto administrativo de carácter ambiental. Por el contrario, los TA se pronunciarán sobre las resoluciones de las autoridades medioambientales (Boettiger, 2014).

Cada sentencia emitida por los TA debe explicitar los fundamentos técnico-ambientales que se consideran en el pronunciamiento de su decisión (art. 25 Ley 20.600), lo que constituye una exigencia adicional al contenido que deben tener las sentencias (Código de Procedimiento Civil, art. 170). Según la Ley de TA, se podrá interponer un recurso

19 Como Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, el Comité de Ministros, entre otros.

20 La Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, define “[z]ona Latente: aquella en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo, se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental” (art. 2, letra t) y “[z]ona Saturada: aquella en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas” (art. 2, letra u).

de apelación ante la Corte de Apelaciones correspondiente, contra aquellas “resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación” (art. 26). Mientras que contra las sentencias definitivas se podrá interponer un recurso de casación en el fondo, y solo por algunas causales un recurso de casación en la forma (incompetencia del tribunal, ultrapetita, decisiones contradictorias y cosa juzgada), incluyendo la falta de fundamentación técnico-ambiental de la sentencia, o la infracción manifiesta a las normas de la sana crítica para la apreciación de la prueba (art. 26, inc. 3 y 4).

Cabe destacar que con el fin de resguardar los derechos de las personas que recurren a los TA, “el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares [...] necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. [...] El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente” (art. 24 Ley 20.600). De igual forma, las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Estas medidas tienden a ser acciones que mantengan (conservativas) o modifiquen (innovativas) el estado de hecho o de derecho existente. Podrán ser tomadas por iniciativa del Tribunal o por solicitud de otra persona (requiriente), quien deberá adjuntar los antecedentes (prueba documental) que acrediten los hechos denunciados, tal que “[e]l Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse” (art. 24, inc. 3).

Todo organismo de la administración del Estado y toda persona natural o jurídica puede constituirse como parte de una “controversia ambiental”²¹. También pueden participar de las causas personas o agrupaciones que, sin ser parte del proceso, tengan un interés especial en la resolución del litigio. Una de las herramientas por medio de las cuales se puede participar en los procesos se conoce como *amicus*

21 Las Reclamaciones pueden ser realizadas por cualquier persona natural o jurídica que tenga interés o considere que haya sido perjudicada (art. 18 Ley 20.600). Las Demandas por Daño Ambiental pueden interponerse por cualquier persona natural o jurídica que haya sufrido daño o perjuicio; por las municipalidades; y por el Estado, mediante el Consejo de Defensa del Estado.

curiae, y en el caso de los TA, deben presentarse por escrito y con patrocinio de un abogado (art. 19 Ley 20.600). El INDH valora la incorporación de este instrumento, especialmente cuando otras instancias judiciales²² se han mostrado renuentes a aceptar la participación de terceros (y en particular del INDH) en temas que, dada su trascendencia social, van más allá de las particularidades de cada caso. Por lo demás, es reconocido que los *amicus curiae* favorecen y nutren el debate público, otorgando mayor legitimidad a las sentencias (Abregú y Courtis, 1997).

Se encuentra pendiente la creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Esta “iniciativa tiene por objeto la conservación de la diversidad biológica del país, a través de la preservación, restauración y uso sustentable de las especies y ecosistemas, con énfasis en aquellos de alto valor ambiental o que, por su condición de amenaza o degradación, requieren de medidas para su conservación” (Senado, 2014)²³.

SITUACIÓN DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN: ZONAS DE SACRIFICIO

Pese a la nueva institucionalidad, los conflictos medioambientales persisten y las personas que habitan en las localidades donde ellos ocurren aún no ven soluciones efectivas.

El concepto de zonas de sacrificio comienza a utilizarse en el país desde 2012. Proveniente de Estados Unidos, en sus orígenes se utilizó para designar zonas donde confluían prácticas ambientales agresivas, afectando fundamentalmente a poblaciones de bajos ingresos y pertenecientes a minorías étnicas, que no tenían la oportunidad de cuestionar en la esfera pública los efectos de la distribución desigual de la polución y de la protección ambiental (Núñez, 2007, pág. 20). En el caso de Chile, “[a]demás de estar ubicadas

22 Es el caso de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Santiago, que el día 25 de junio de 2014 resolvió “todo no ha lugar. Prescindase del informe y devuélvase”, respecto de un *amicus curiae* redactado por el INDH para el caso del proyecto minero “El Morro” (Rol N° 11.299-2014).

23 Actualmente en primer trámite constitucional (Boletín N° 9404-12).

en la costa, todas estas localidades comparten el hecho de ser zonas altamente industrializadas [...]. Sus habitantes generalmente viven en situación de pobreza y carecen de redes políticas para defenderse de la instalación de nuevas empresas" (Oceana, sitio web).

Las localidades de Chile identificadas por el propio gobierno como zonas de sacrificio son cinco: Tocopilla y Mejillones en la Región de Antofagasta, Huasco en la Región de Atacama, la bahía de Quintero en la Región de Valparaíso, y Coronel en la Región de Biobío²⁴. La mayoría de estas zonas, o algunas de sus comunas, forman parte de los "Planes de Descontaminación: Estrategia 2014-2018". Sin embargo, en este documento se hace un análisis de la situación y se establece un cronograma, pero se debe considerar que desde el momento en que se gatilla la elaboración de un Plan de Descontaminación hasta que este entra en funcionamiento transcurren como mínimo cuatro años²⁵. Además, el Ministerio del Medio Ambiente lanzó el Plan de Recuperación para Territorios Ambientalmente Vulnerables, que ya fue presentado en Tierra Amarilla, Huasco, la bahía de Quintero y Coronel. Como parte del plan, cada zona contempla la creación de un Consejo para la recuperación ambiental y social²⁶, el cual propondrá un Programa de Recuperación que sería sometido a plebiscito, de forma que la propia ciudadanía priorice sus necesidades.

Se presentan a continuación dos casos en los que el INDH, por medio de sus diferentes instrumentos, ha podido constatar una contaminación sistemática que incide en la vulneración de diversos derechos fundamentales.

24 Entrevista con el Subsecretario de Medio Ambiente, Marcelo Mena, realizada por el INDH el 25 de agosto de 2014.

25 Esta estimación se hace en función del requerimiento de tres años de monitoreo de la norma anual para declarar una zona saturada o latente, y posteriormente iniciar el proceso de formulación de un plan de descontaminación o prevención, que demora al menos otros 16 meses (Ministerio del Medio Ambiente, 2014b, pág.13-14).

26 Coordinado por el Ministerio del Medio Ambiente e integrado por autoridades políticas, organismos públicos regionales y municipales, organizaciones de la sociedad civil presentes en el territorio e industrias de la zona. Este Consejo ya fue constituido en Quintero y Puchuncaví, el día 22 de septiembre de 2014, quedando constituido por 11 representantes de la sociedad civil, seis representantes del sector productivo local, tres representantes del sector empresarial y seis representantes del sector público.

LA ZONA DE SACRIFICIO DE "BAHÍA DE QUINTERO", REGIÓN DE VALPARAÍSO

La bahía de Quintero corresponde administrativamente a las comunas de Quintero y Puchuncaví. La industrialización de la bahía comienza con la instalación de la planta termoeléctrica CHILGENER en 1958 (luego AES GENER). En 1964 comienza a funcionar la central termoeléctrica Ventanas I y la Refinería y Fundición Ventanas de la Empresa Nacional de Minería (ENAMI), actualmente CODELCO Ventanas. Al conjunto de industrias existentes en el sector se le conoce como Parque industrial Ventanas (Cámara de Diputados, 2011).

Las consecuencias de la contaminación ya se visualizaban en la década de 1970. Sin embargo, las primeras medidas comienzan a tomarse con el regreso a la democracia. En 1992, el Ministerio de Minería aprobó el Plan de Descontaminación, aplicable solo a dos de las empresas que funcionaban en ese entonces: CODELCO Ventanas (ex-ENAMI) y AES GENER (ex-CHILGENER)²⁷. El mismo año se aprobó la instalación de una red de monitoreo permanente de la calidad del aire en la zona²⁸. Debido a las concentraciones de material particulado respirable (MP10 o PM10) y dióxido de azufre (SO₂), al año siguiente el Ministerio de Agricultura declaró zona saturada el entorno del parque industrial Ventanas²⁹.

A pesar de la condición de zona saturada continuaron instalándose nuevas industrias en la bahía de Quintero. Incluso, algunas de ellas calificadas como peligrosas o contaminantes por la Seremi de Salud de Valparaíso³⁰. Según el informe realizado por la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente para la Cámara de Diputados (2011), esto fue posible por las modificaciones realizadas al Plan Regulador Intercomunal de Valparaíso entre 1984 y 2002, que permitieron aumentar la superficie de

27 Decreto Supremo N° 252, del 30 de septiembre de 1992.

28 Decreto supremo N° 185/91, del Ministerio de Minería.

29 Decreto supremo N° 346/93, Ministerio de Agricultura.

30 Según el D.S. N° 47/92 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, "[l]os establecimientos industriales o de bodegaje serán calificados caso a caso por la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva, en consideración a los riesgos que su funcionamiento pueda causar a sus trabajadores, vecindario y comunidad" (artículo 4.14.2), existiendo cuatro categorías: peligroso, insalubre o contaminante, molesto e inofensivo.

terreno para actividades molestas y contaminantes³¹. El crecimiento desmedido del parque industrial “ratifica la falta de planificación al concentrar industrias y servicios de carácter contaminante, [...] sin haber tomado los resguardos correspondientes hacia las personas y el entorno, como debe ser un desarrollo equilibrado y sustentable” (Cámara de Diputados, 2011, pág. 89).

La contaminación de suelo, aire y agua es evidente en la bahía. Estudios de 1985 ya constataban la presencia de arsénico, cadmio, cobre, manganeso, hierro, plomo, níquel y zinc en la zona (Cámara de Diputados, 2011, pág. 56). Según un estudio de la organización OCEANA, en mariscos y crustáceos hay cobre, arsénico y cadmio (Oceana, sitio web)³². Estos elementos tóxicos, “en el tiempo conducen a una intoxicación crónica, o sea, que no provoca la muerte instantánea, pero su asimilación y depósito en las vísceras humanas produce una degradación del hígado, los riñones, el estómago, los pulmones, el corazón en su funcionamiento, lo que daña, mina y acorta la calidad y tiempo de vida” (Cámara de Diputados, 2011, pág. 56)³³.

En 1996, los elementos tóxicos que emanaban de la chimenea de ENAMI (MPI0) se dispersaban y depositaban en un radio de hasta 10 kilómetros (Cámara de Diputados, 2011, pág. 57). Además, “puede haber episodios de lapsos cortos que generan daño, que a lo mejor no se reflejan en la estadística anual, pero son suficientes para causarles problemas a las personas que viven ahí” (Cámara de Diputados, 2011, pág. 58). Prueba de ello es la intoxicación en la Escuela La Greda de Puchuncaví y en otros establecimientos de la comuna de Quintero el año 2011 (INDH, 2011a; 2011b).

Frente a los hechos, la Seremi de Salud de Valparaíso realizó un sumario sanitario en el 2011³⁴ y en 2012 emitió un

informe sanitario desfavorable para CODELCO, lo que condicionaba su obtención de patente municipal³⁵. El municipio otorgó diversos plazos a la empresa para que revirtiera la situación³⁶, pero finalmente renovó la patente, sin un informe sanitario favorable por parte de la Seremi³⁷. El informe de la Cámara de Diputados reprocha este proceder, que da muestra de la descoordinación entre la autoridad sanitaria y los municipios, “desatendiendo las obligaciones de incorporar, solicitar e introducir *a priori* documentos vinculantes como los informes sanitarios o de calificación industrial, diseñados específicamente para evaluar riesgos y mitigar efectos previo a la construcción y funcionamiento de las industrias respectivas” (Cámara de Diputados, 2011, pág. 90).

Por el lado de la SMA, también se han generado fiscalizaciones a CODELCO Ventanas. De hecho, se han solicitado medidas provisionales a los Tribunales Ambientales (TA), pues la SMA detectó que se estaban ejecutando actividades en sectores que deberían contar con una evaluación en el SEIA³⁸. “Si bien en un inicio el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental (Roles S-I-2013 y S-3-2013) consideró como suficiente este argumento para autorizar la adopción de medidas provisionales, en los últimos casos ha exigido un estándar mayor” (SMA, 2014, pág. 85), haciendo referencia al rechazo de la última solicitud de medidas provisionales (Rol S -6-2013).

Miembros de organizaciones como el Sindicato de Pescadores de Ventanas y el Movimiento de Comunidades por el Derecho a la Vida³⁹ perciben que no existe un debido acceso a la justicia ambiental, pues señalan que las acciones judiciales que han interpuesto son desestimadas por los tribunales de justicia, cuando aún los TA no entraban en operaciones. Además, dan a conocer casos donde instancias administrativas y judiciales han rechazado proyectos, pero

31 Plan Regulador de 1965, aprobado por Decreto N° 30 de 1965, Ministerio de Obras Públicas.

32 El estudio consistió en un muestreo de almejas, lapas, locos y jaibas de cuatro puntos aledaños a Ventanas. La toma de muestras fue realizada con la ayuda de pescadores artesanales de la caleta Ventanas, bajo la supervisión de un técnico del laboratorio GCL de la Fundación Chile. <http://oceana.org/es/sa/nuestro-trabajo/energia-limpia/zonas-de-sacrificio/mas-informacion/zonas-de-sacrificio-medicion-de-metales-en-mariscos-y-crus>

33 En la página web de la organización local Dunas de Ritoque existe información sobre la problemática que afecta a la zona. Ver <http://www.dunasderitoque.org/>

34 Sumario sanitario N° 153-2011, Seremi de Salud Región de Valparaíso.

35 Resolución N° 907 de la Seremi de Salud de Valparaíso, del 18 de abril de 2012.

36 Decreto Alcaldicio N° 1335 del 4 de agosto de 2011.

37 Decreto Alcaldicio N° 1389, del 31 de julio de 2012.

38 La SMA menciona que se solicitó “al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental autorización judicial para decretar la medida provisional de clausura temporal y parcial de las modificaciones, obras y actividades desarrolladas en los sitios ‘Sector Botadero’ y ‘Sector Depósito de Seguridad’ de la Fundición y Refinería Ventanas, de Codelco Chile División Ventanas” (SMA, 2014, pág. 85).

39 Organizaciones entrevistadas por el INDH el 18 de julio y 3 de agosto de 2014, respectivamente.

modificaciones a las leyes han permitido finalmente que se dé curso a los proyectos⁴⁰, a lo que añaden la preocupación porque las autoridades tampoco habrían transmitido información clara acerca de qué acciones puede tomar la comunidad cuando las empresas superan la norma de emisiones o frente a eventuales emergencias ambientales⁴¹.

LA ZONA DE SACRIFICIO DEL VALLE DE HUASCO, TERCERA REGIÓN DE ATACAMA

Desde 1978 la Compañía Minera del Pacífico (CMP) traslada su material por las vías férreas aledañas a Huasco. La primera central termoeléctrica comenzó a funcionar en 1977. Actualmente, existen allí dos centrales, Térmica Huasco (ENDESA) y Guacolda (Guacolda S.A), más una que entrará en funcionamiento prontamente, llamada Punta Alcalde (ENDESA).

Las termoeléctricas necesitan succionar grandes cantidades de agua de mar, produciendo la muerte de plancton y larvas de moluscos, lo que junto al aumento de la temperatura que el mismo proceso genera en el agua, ocasiona una alteración de los ecosistemas marinos y su biodiversidad (Ramírez, 2009). Además funcionan quemando petróleo diesel e IFO 180 (derivado del petróleo), carbón o una mezcla de carbón y *petcoke*⁴².

40 Es el caso de la Central Termoeléctrica Campiche (AES Gener) el año 2008. En dicha oportunidad el proyecto había sido aprobado por la entonces Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA), a pesar de que la central sería construida en una zona definida por el plano regulador como “área verde” y que por ende, no se podía utilizar. La comunidad impugna la decisión de la COREMA ante la Contraloría y se confirma la ilegalidad de la aprobación (Dictamen 59.8222, de 17 de diciembre de 2008). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol 317- 2008, Sentencia 8 de enero de 2009) y la Corte Suprema (Rol 1219- 2009, Sentencia 22 de junio de 2009) reafirman lo señalado por el órgano Contralor y ordenan la paralización del proyecto. Sin embargo, “el día 31 de diciembre del 2009 se publicó en el Diario Oficial bajo la firma del entonces vicepresidente de la República, Edmundo Pérez Yoma, un decreto que modificó la ley mediante el cual se autorizaba la construcción de empresas en zonas que tenían calificación de área verde, lo que a la larga permitió la puesta en marcha de la central Campiche” (BiobioChile, 2013).

41 Entrevista realizada por el INDH a dirigentes de Movimiento de Comunidades por la Vida, el 3 de agosto de 2014.

42 El *petcoke* es un residuo del proceso de refinamiento del petróleo. Se caracteriza desde un punto de vista fisicoquímico, por ser un sólido poroso de color negro o gris oscuro que contiene altas cantidades de azufre y metales pesados, como níquel y vanadio (CECADES, 2007).

“El Valle de Huasco se encuentra calificado por el Ministerio de Medio Ambiente como ‘Zona Latente’⁴³, desde mayo de 2012 por la norma de material particulado (PM10), tras ser evaluado entre 2007 y 2010. Sin embargo, los mismos datos que gatillaron esta medida también revelaron que el valle debió ser declarado ‘Zona Saturada’, entre 2002 y 2005, pues mostró mayores índices de contaminación de los que actualmente posee⁴⁴, según información que entregó el jefe de División de Asuntos Atmosféricos del Ministerio del Medio Ambiente” (Rojas, 2012).

Cuando una zona es declarada “latente”, significa que no se deben aumentar los niveles de contaminación del aire, de forma que se deben tomar las medidas preventivas necesarias. De ahí que uno de los mayores cuestionamientos al proyecto Punta Alcalde, ingresado el 27 de febrero de 2009 al SEIA, fuera “el hecho de que esta termoeléctrica impactaría en una zona ya contaminada” (INDH, 2012d, pág. 94).

En la revisión realizada por el SEIA, el proyecto Punta Alcalde recibió en total cinco Informes Consolidados de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones (ICSARA) por parte de la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama. La Comisión concluyó que ENDESA no había presentado los antecedentes suficientes para descartar efectos adversos significativos sobre el medio ambiente y la población⁴⁵, lo que conllevó al rechazo del Estudio de Impacto Ambiental y, con ello, del proyecto a nivel regional (INDH, 2012d).

A raíz de esto, Endesa presentó un recurso de reclamación ante el Comité de Ministros⁴⁶, el cual en diciembre de 2012 acogió parcialmente este recurso, y con ello dio luz verde al proyecto basándose en “el cumplimiento de nuevas exigencias a la empresa que permitieran asegurar la reducción

43 Decreto Supremo N° 40 del Ministerio de Medio Ambiente, de fecha 23 de mayo de 2012.

44 Las estaciones de monitoreo llamadas “EME E” y “EME F”, encargadas de la medición de MP10 en la zona, registraron emisiones contaminantes entre los años 2002 y 2005 que superaron los 50 ug/m³ (Rojas, 2012).

45 Como consta en Expediente de Evaluación Ambiental, disponible en: http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=3582244

46 Ver institucionalidad descrita en la segunda parte del capítulo. Este Comité estaba presidido por el subsecretario de Medio Ambiente, Ricardo Irarrázabal, y compuesto por los ministros Jorge Mañalich (MINSAL), Hernán de Solminihac (Minería), Jorge Bunster (Energía), Luis Mayol (Agricultura) y Pablo Longueira (Economía).

de emisiones en todo el valle de Huasco" (SEA, sin fecha). Esto generó que la comunidad interpusiera un recurso de protección contra el Comité, en la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual fue acogido con fecha 1 de agosto de 2013⁴⁷. Sin embargo, Endesa apeló ante la Corte Suprema⁴⁸, la que resolvió dejar sin efecto la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones, confirmándose la aprobación del proyecto Punta Alcalde en enero de 2014.

En Huasco, los grupos organizados han participado en las instancias administrativas de la nueva institucionalidad. Sin embargo, según sus opiniones, se les percibe como instancias poco fructíferas, insuficientes y poco vinculantes, debido a los conocimientos técnicos que se requieren para efectuar observaciones y el poco peso que dichas observaciones tienen finalmente. Además, algunas instancias se transforman en espacios de negociación reducidos, en los que finalmente se acuerdan incentivos económicos y/o materiales menores para la población, sin abordar el tema de fondo: la recomposición ambiental y social de los territorios afectados por la contaminación⁴⁹.

En este sentido, a nivel local se debe evaluar el rol que les compete y las herramientas que poseen las municipalidades en el resguardo al derecho a un medio ambiente libre de contaminación (Plan Regulador; otorgamiento de patentes municipales, etc.). Mientras que a nivel regional, se debería potenciar el rol de las Seremis de Salud en cuanto autoridad sanitaria y ambiental que autoriza las actividades comerciales donde se manipulan sustancias peligrosas, de forma que sea efectivamente vinculante para la obtención de la patente municipal.

Cabe destacar que tanto la población de Puchuncaví, Quintero, Huasco y de otras zonas de sacrificio ya ha recurrido a los nuevos Tribunales Ambientales. Incluso existe una acción presentada en conjunto por organizaciones sociales de Topopilla, Quintero y Puchuncaví, ingresada el 16 de enero de 2014, ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, con el objetivo de anular la "Norma de calidad primaria para material particulado respirable MP10, en especial de los valores que definen situaciones de emergencia" (Decreto Supremo

Nº 20 de 2013). Actualmente esta causa está en proceso⁵⁰. Paralelamente la Contraloría General de la República ordenó al Ministerio de Medio Ambiente realizar un proceso de revisión de la norma de MP 10 (El Dínamo, 2014).

IMPLEMENTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

El Tribunal Ambiental de Santiago se estableció el día 28 de diciembre de 2012. Le siguió el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, el día 7 de octubre de 2013⁵¹, mientras que el Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta no se ha constituido aún, pues ha tenido dificultades para encontrar profesionales idóneos a los cargos solicitados, de forma que el TA de Santiago lleva las causas correspondientes a esa jurisdicción (Servicio Civil, 2014).

En este sentido, resulta preocupante la escasa cantidad y preparación de profesionales abogados/as con conocimiento en derecho ambiental, y que se encuentren disponibles para trabajar y radicarse en las diversas regiones del país. En parte, este es el caso del Primer TA, cuya situación podría repetirse cuando deban renovarse los cargos. De nada sirven tribunales consignados por ley, si no cuentan con los/as profesionales mínimos para operar en la práctica. La vulneración del derecho al acceso a la justicia es evidente⁵².

De esta manera, durante 2013, el Primer TA de Santiago llevó casi todas las causas a nivel nacional, en espera de que los otros dos tribunales entraran en funcionamiento. Este TA gestionó ese año un total nacional de 34 procedimientos⁵³ (Tribunal Ambiental de Santiago, 2014). Esta demanda se ha

50 Causal rol R-22-2014.

51 La fecha corresponde al día de constitución de los tribunales. Sus actividades jurisdiccionales inician el 04 de marzo y el 9 de diciembre de 2013 respectivamente.

52 Al respecto, el ministro titular, Jorge Retamal (Tercer TA de Valdivia), afirma: "la entrada en vigencia de tribunales multidisciplinarios como el nuestro, debiera redundar en un cambio en el enfoque académico de la enseñanza del Derecho [...] Así, ramas como el derecho ambiental hacen necesaria la transdisciplinariedad de los análisis y la formación de equipos en los cuales la clave sea el trabajo compartido en que todas las ciencias, naturales, sociales, económicas y jurídicas confluyan en un solo objetivo [...], de manera de abarcar todas las aristas de los problemas ambientales, en forma integral [...]" (Retamal, 2014).

53 2 Consultas, 6 Solicitudes de la SMA, 7 Demandas por daño ambiental y 19 Reclamaciones. El Tercer Tribunal Ambiental, solo tuvo una Reclamación el año 2013, ingresada el 18 de diciembre, según su sitio web, la que no se contabiliza entre los 34 procedimientos.

47 Causa rol 8413-2013.

48 Causa rol 6563-2013 de la Corte de Suprema, del 17 de enero de 2014.

49 Representante de SOS Huasco, entrevista realizada en julio de 2014.

incrementado al menos un 20% en un año, pues hasta el 15 de octubre de 2014 se habían realizado 51 procedimientos en el país (37 del Segundo TA y 14 del Tercer TA)⁵⁴.

PROCEDIMIENTOS REALIZADOS POR EL SEGUNDO Y TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL EN 2014

PROCEDIMIENTO	SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO	TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA	TOTAL
Consulta	0	0	0
Solicitud SMA	2	3	5
Demanda por daño ambiental	5	3	8
Reclamación	30	8	38
Total	37	14	51

Fuente: Elaboración propia según información contenida en páginas web de cada Tribunal Ambiental, hasta el día 15 de octubre 2014. A esa fecha, el Primer TA no poseía sitio electrónico por no encontrarse constituido.

En relación con la suficiencia de tres Tribunales Ambientales para la demanda nacional, se mantiene la preocupación sostenida en 2012 por el INDH, en especial cuando no todas las personas poseen los medios económicos para trasladarse a las comunas de localización de los TA (INDH, 2012a, pág. 245). En este marco se valora que el Tercer TA sesione de forma regular fuera de su lugar de asiento, en Valdivia⁵⁵ (Hantke, 2014), medida que deberían considerar los otros dos tribunales. En una situación similar se encuentra la SMA, en su rol de fiscalización, pues solo posee tres sedes a nivel nacional. A esto se suma su dependencia de una autoridad política, lo que constituye un diseño institucional inconveniente para cualquier órgano que tenga funciones fiscalizadoras, a los fines de resguardar adecuadamente su autonomía.

Si bien los tiempos de las causas parecen ser breves⁵⁶, se debe considerar que muchas de las partes ya han pasado por procesos administrativos que pueden tomar al menos un año, o que ya han pasado por tribunales con competencias en otras materias. Al respecto, es menester que se resuelva el proceso de “ajuste normativo” o “duplicidad cautelar” entre los recursos de protección, interpuestos ante la Corte de Apelación, y las medidas cautelares que puede tomar el Tribunal Ambiental (Boettiger, 2014, pág. 299)⁵⁷.

También resulta preocupante la tendencia de algunas Cortes de Apelaciones que, conociendo recursos de protección, justifican el rechazo de los mismos en atención a que las contiendas medioambientales hallarían su foro natural en los TA. En efecto, siguiendo el criterio anunciado en abril de 2014 para una disputa sobre un proyecto inmobiliario, la Tercera Sala de la Corte Suprema afirmó, durante mayo y en el contexto de un recurso de protección por supuestas ilegalidades vinculadas a la falta de una consulta indígena, que el foro natural de estas controversias deberían ser los tribunales ambientales⁵⁸.

54 La información se obtuvo de los sitios electrónicos de cada tribunal, registrada hasta el día 15 de octubre de 2014.

55 El Tercer Tribunal Ambiental sesionó por primera vez fuera de Valdivia el día 3 de septiembre de 2014, en dependencias facilitadas por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas (Hantke, 2014).

56 “En cuanto a la duración promedio de causas, en el caso de las consultas fue de 40 días corridos entre el ingreso y la dictación de la sentencia; las solicitudes de autorización se resolvieron en menos de 12 horas –en promedio–; y los procedimientos de reclamación ya finalizados tomaron 70 días en promedio, desde la fecha de ingreso a la dictación de la sentencia o resolución de término” (Tribunal Ambiental de Santiago, 2014, pág. 3).

57 Esta situación también fue confirmada por la exministra de Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte, quien sostuvo en el seminario “A dos años de la Ley de Tribunales Ambientales” (realizado el 17 de junio de 2014), que “el recurso de protección en relación a impugnación de Resolución de Calificación Ambiental (RCA) no prosperará si no se establece el quebrantamiento de una garantía que haya de restablecerse mediante la acción de protección intentada [...]”. Si la ilegalidad significa una garantía constitucional afectada, entonces iremos a la Corte Suprema, porque conocerá el quebrantamiento de la garantía y tomará las medidas adecuadas. Si lo que estamos hablando es una ilegalidad que significa un acto contrario a derecho, que puede ser recurrido mediante invalidación o mediante reclamación si estamos en presencia de la resolución dictada por la Comisión de Evaluación, entonces serán los Tribunales Ambientales los llamados a intervenir”.

58 Corte Suprema, rol N° 2892-2014, 29 de abril de 2014, “Junta de Vecinos J.J. VV c. Comisión de Evaluación Ambiental V Región” (Costa Laguna). En la misma línea ver también Corte Suprema, rol N° 1097-2013, 22 de mayo de 2014, “Consejo de Pueblos Atacameños y otros c. Comisión de Evaluación Ambiental II Región” (Planta de Secado y Compactado SQM).

De este modo, las leyes pueden tener una evaluación positiva por parte de los operadores del sistema, y la nueva institucionalidad judicial puede estar funcionando eficientemente, pero si las instancias administrativas no actúan conforme a derecho, y además las personas se encuentran obligadas por ley a recurrir a esas instancias primero antes que a las judiciales, el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y el acceso a la justicia ambiental seguirán siendo vulnerados.

BIBLIOGRAFÍA

- 24 horas (6 de diciembre de 2012). *Aprobación de Punta Alcalde abre debate*. Recuperado el 30 de julio de 2014, de <http://www.24horas.cl/nacional/diputados-buscan-transparentar-consejo-de-ministros-419840>
- Abregú, M. y Courtis, Ch. (1997). Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino. En: Abregú, M. y Courtis, Ch. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Biobío (19 de marzo de 2013). *Movimientos sociales califican de 'vergonzosa' puesta en marcha termoelectrica Campiche en Ventanas*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://www.biobiochile.cl/2013/03/19/movimientos-sociales-califican-de-vergonzosa-puesta-en-marcha-termoelectrica-campiche-en-ventanas.shtml>
- Boettiger, C. (2010). Nueva institucionalidad ambiental. *Actualidad Jurídica* N° 22 - julio 2010, Universidad del Desarrollo, 429-454.
- Boettiger, C. (2014). La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria. *Actualidad Jurídica* N° 29 - Enero 2014, Universidad del Desarrollo, 291-304.
- Bullard, R. (2000). *Dumping in Dixie: race, class and environmental quality*. Chapter 1. Boulder. Estados Unidos: Westview Press.
- Cámara de Diputados de Chile. (2011). *Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente recaído en el mandato otorgado por la sala a fin de analizar, indagar, investigar y determinar la participación de la empresa estatal Codelco y empresas asociadas, en la contaminación ambiental en la zona de Puchuncaví y Quintero*. 23 de noviembre de 2011.
- Consejo Ecológico de Quintero y Puchuncaví (2006). *Situación Medio Ambiental de la bahía de Quintero (Comunas de Quintero y Puchuncaví)*, julio de 2006.
- El Dínamo (8 de septiembre de 2014). *Ministerio de Medio Ambiente inició proceso de revisión de norma de calidad del aire de MP10*. Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de <http://www.eldinamo.cl/2014/09/08/ministerio-de-medio-ambiente-inicio-proceso-de-revision-de-norma-de-calidad-del-aire-de-mp10/?clickfrom=relacioncat>

El Mostrador (12 de octubre de 2012). *Oceana lanza campaña que pide a Piñera terminar con "zonas de sacrificio" por contaminación industrial*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://www.elmostrador.cl/pais/2012/10/25/oceana-lanza-campana-que-pide-a-pinera-terminar-con-zonas-de-sacrificio-por-contaminacion-industrial/>

Fundación Terram (2012). *Bahía de Quintero: Zona de Sacrificio. Una aporte desde la Justicia Ambiental*, noviembre de 2012.

Fundación Terram (17 de octubre de 2013). *Nueva investigación por intoxicación en zona de Puchuncaví*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.terram.cl/2013/10/17/nueva_investigacion_por_intoxicacion_en_zona_de_puchuncavi/

Godoy, Tapia & Carrera (2013). *Bahía de Quintero, Zona de Sacrificio Ambiental: Obligaciones Internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente. Análisis de la normativa ambiental de Derecho Interno*. APP N° 58. Terram.

Hantke, M. (8 de septiembre de 2014). *El acceso a la justicia en los tribunales ambientales*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://www.tercertribunalambiental.cl/el-acceso-a-la-justicia-en-los-tribunales-ambientales/>

INDH (2011a). Informe Anual 2011. *Situación de los Derechos Humanos en Chile*.

INDH (2011b). *Misión de Observación Puchuncavi-Quintero-La Greda*, 14 de septiembre 2011.

INDH (2012a). Informe Anual 2011. *Situación de los Derechos Humanos en Chile*.

INDH (2012b). *Empresas y Derechos Humanos. Serie Cuadernillo de temas emergentes*.

INDH (2012c). *Derechos Humanos y Acceso a la Información Pública. Serie Cuadernillo de temas emergentes*.

INDH (2012d). *Mapa de conflictos socioambientales en Chile*.

INDH (2013a). Informe Anual 2013. *Situación de los Derechos Humanos en Chile*.

Liberona, F. (15 de septiembre de 2014). *El sacrificio de Quintero y Puchuncaví*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de <http://www.eldinamo.cl/blog/el-sacrificio-de-quintero-y-puchuncavi/>

Minería Chilena (18 de junio de 2014). *Aprueban cambios al reglamento de evaluación ambiental estratégica*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de <http://www.mch.cl/2014/06/18/aprueban-cambios-al-reglamento-de-evaluacion-ambiental-estrategica/>

Ministerio del Medio Ambiente (sin fecha). *Ministro del Medio Ambiente presenta "Plan de Recuperación para Territorios Ambientalmente Vulnerables"* en Huasco. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-56378.html>

Ministerio del Medio Ambiente (2014a). *Planes de Descontaminación Atmosférica. Estrategia 2014-2018*. Chile.

Ministerio del Medio Ambiente (22 de septiembre de 2014b). *Protocolo de Constitución del Consejo para la Recuperación Ambiental y Social de Quintero y Puchuncaví (CRAS)*. Recuperado el 23 de octubre de 2014, de <http://portal.mma.gob.cl/seremi-del-medio-ambiente-de-valparaiso-da-inicio-al-consejo-para-la-recuperacion-ambiental-y-social-de-quintero-y-puchuncavi/>

Nueva Minería y Energía (17 de octubre de 2014). *HidroAysén pide unificar juicios solo en un Tribunal Ambiental*. Recuperado el 27 de octubre de 2014, de <http://www.nuevamineria.com/revista/hidroaysen-pide-unificar-juicios-solo-en-un-tribunal-ambiental/>

Núñez, R. (2007). *Desigualdade Ambiental e Zonas de Sacrificio*. PPGSA/IFCS/UFRJ, Brasil.

OCEANA (Marzo de 2012). *Zonas de Sacrificio, Medición de metales en mariscos y crustáceos en Ventanas*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://oceana.org/es/sa/nuestro-trabajo/energia-limpia/zonas-de-sacrificio/mas-informacion/zonas-de-sacrificio-medicion-de-metales-en-mariscos-y-crus>

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2010). *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*.

Ramírez, H. (2009). *Termoeléctricas a carbón y Borde Costero*. Documento de trabajo Puchuncaví-Quintero. Edición propia, 2009.

Retamal, J. (8 de septiembre de 2014). *Desafíos formativos para el derecho ante la irrupción de los tribunales ambientales*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://www.tercertribunalambiental.cl/desafios-formativos-para-el-derecho-ante-la-irrupcion-de-los-tribunales-ambientales/>

Rojas, C. (12 de diciembre de 2012). Registros de contaminación revelan que Valle del Huasco debió ser declarada Zona Saturada entre 2002 y 2005. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/12/680-498255-9-registros-de-contaminacion-revelan-que-valle-del-huasco-debio-ser-declarada-zona.shtml>

Sabatini, Mena & Vergara (1996). Otra vuelta a la espiral: El conflicto ambiental de Puchuncaví bajo democracia. *Revista Ambiente y Desarrollo*. Vol. XII N° 4, diciembre 1996.

Serrano, G. (11 de octubre de 2014). Radiografía del desastre medioambiental por derrame de petróleo en Quintero. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/10/680-599469-9-radiografia-del-desastre-medioambiental-por-derrame-de-petroleo-en-quintero.shtml>

Servicio Civil, Gobierno de Chile (23 de septiembre de 2014). *Corte Suprema elabora quinas para Ministros de Primer Tribunal Ambiental*. Recuperado el 23 de octubre de 2014, de <http://www.serviciocivil.gob.cl/content/corte-suprema-elabora-quinas-para-ministros-de-primer-tribunal-ambiental>

Servicio de Evaluación Ambiental (sin fecha) *Comité de Ministros resuelve recurso de reclamación de Endesa por Punta Alcalde*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de <http://www.sea.gob.cl/noticias/comite-de-ministros-resuelve-recurso-de-reclamacion-de-endesa-por-punta-alcalde>

Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, *Estudio de Impacto Ambiental "Central Termoeléctrica Punta Alcalde"*, presentado a CONAMA III región, 2008. Disponible en www.seia.cl

Superintendencia del Medio ambiente (SMA). *Cuenta Pública*. Programa y subprogramas de Fiscalización. Chile. Recuperado el 23 de octubre de 2014, de http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion/doc_download/214-documento-cuenta-publica-2013-programa-y-supogramas

Tribunal Ambiental de Santiago (2014). *Anuario del Tribunal Ambiental de Santiago 2013*. Chile: Tribunal Ambiental de Santiago.

Unión de Comunas de Zonas de Sacrificio (2014). *Pliego de Peticiones*. Comuna de Puchuncaví. 29 y 30 de mayo de 2014. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de http://www.ojoconelparlamento.cl/sites/default/files/minuta/S%208a%20Peticiones%20conclave__%20alcaldes%20zonas%20de%20sacrificio.pdf

